



Sentencia 955 de 2007 Corte Constitucional

SENTENCIA C-955/07

Referencia: expedientes D-6842 y D-6843 acumulados

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3° (parcial), el numeral 7° del artículo 7° y el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007, "*por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*"

Actores: Diana María Hernández Díaz (Expediente D-6842) y José Gendry Mosos Devia (Expediente D-6843)

Magistrado ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

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

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

conformada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil -quien la preside-, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Diana María Hernández Díaz y José Gendry Mosos Devia demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 3° (parcial), el numeral 7° del artículo 7° y el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007, "*por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*"

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las disposiciones impugnadas, y dentro de ellas se subrayan y resaltan los apartes parcialmente demandados:

"LEY 1122 DE 2007

(enero 9)

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

"El Congreso de Colombia

DECRETA:

"Artículo 3°. Comisión de Regulación en Salud: Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social.

"El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mantendrá vigentes sus funciones establecidas en la Ley 100 de 1993, mientras no entre en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud, CRES.

"Parágrafo. Se le dará al actual Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un carácter de asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud. El Ministerio de la Protección Social reglamentará las funciones de asesoría y consultoría del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

"...

"Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

"1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

"2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de

Beneficios.

"3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

"4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.

"5. Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

"6. Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.

"7. Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.

"8. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.

"9. Recomendar proyectos de ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.

"10. Adoptar su propio reglamento.

"11. Las demás que le sean asignadas por ley.

"Parágrafo 1°. El valor de pagos compartidos y de la UPC serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal, y el nuevo valor se determinará con fundamento en estudios técnicos previos.

"Parágrafo 2°. En casos excepcionales, motivados por situaciones de emergencia sanitaria que puedan afectar la salubridad pública, el Ministerio de la Protección Social asumirá temporalmente las funciones de la Comisión de Regulación en Salud.

"Parágrafo 3°. Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

"Artículo 8°. Financiación de la Comisión de Regulación en Salud. La Comisión de Regulación en Salud se financiará con recursos del Fosyga incluyendo la remuneración de los Comisionados, la Secretaría Técnica y los costos de los estudios técnicos necesarios. Dichos estudios serán definidos y contratados por la Comisión."

III. LAS DEMANDAS

1. Expediente D-6842

1.1 Esta primera demanda recae sobre el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007. A juicio de la ciudadana demandante, la norma acusada, en cuanto pretende establecer una tarifa mínima para los servicios de salud, reproduce el contenido normativo del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, declarado inexecutable mediante la Sentencia C-137 de 2007.

Afirma la actora que en dicha Sentencia, para sustentar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición que establecía una tarifa mínima para los servicios de salud, esta Corporación sostuvo lo siguiente: (i) que competía al Congreso mediante ley determinar los fines y alcances de la intervención económica; (ii) que uno de los fines del Estado era alcanzar la gratuidad de los servicios de salud; (iii) que la Ley 812 de 2003 no especificaba a qué servicios se referían las tarifas mínimas que mencionaba, ni tampoco señalaba parámetros ni el método para definir los costos de tales tarifas, asuntos estos que tenían que ser definidos por el Congreso mediante ley, y no por el ejecutivo a través del Ministerio de la Protección Social; (iv) que la norma que se examinaba y que fue declarada inexecutable era imprecisa e indefinida, toda vez que no contemplaba el sujeto de la obligación, el objeto, la finalidad y los límites de la tarifa mínima.

Al parecer de la demandante, los anteriores vicios no fueron subsanados en la nueva norma que ahora acusa de inconstitucional, por lo cual solicita que sea retirada del ordenamiento por inexecutable.

1.2 Violación del numeral 21 del artículo 150 de la Constitución Política

Adicionalmente a lo anterior, en la demanda se expone que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 desconoce en primer lugar el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución, conforme al cual corresponde al Congreso expedir las leyes de intervención económica previstas en el artículo 334 superior, las cuales deberán "precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica." En su opinión, en el numeral 7° acusado "no se precisaron los fines y alcances de la medida" prevista en ella, es decir del establecimiento de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud, ni los límites a la libertad económica en este asunto. Así las cosas, "se legisló como si el numeral 21 en mención no existiera, otorgando dicha facultad de definir los alcances de la norma por la vía ejecutiva", a pesar de la reserva de ley que operaba sobre el asunto. Pues "la indefinición por parte del legislador sobre los fines y alcances de la medida y sobre los límites a la libertad económica permiten que el Gobierno Nacional -Comisión de Regulación en Salud... establezca el sistema de tarifas mínimas imponiendo dichos fines,

alcances y límites a su arbitrio." Es decir, se deslegalizó un asunto claramente referente a la intervención del Estado en la economía.

Continúa la demanda explicando por qué el sistema de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud es una forma de intervención estatal en la economía, y al respecto señala que debe tenerse en cuenta que una vez establecidas tales tarifas, "ningún operador puede ofrecer tarifas inferiores a la mínima así tenga costos inferiores que le permitan ofrecer una tarifa competitiva." Agrega, citando para el efecto un concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público referente al tema, que "fijar una tarifa mínima introduce inflexibilidades ineficientes en el mercado, eliminando las posibilidades reales de adoptar precios inferiores al mínimo fijado, por ejemplo a través de la obtención de descuentos importantes por la negociación de grandes volúmenes, por la incorporación tecnológica, y en general por mejoras en la eficiencia (reducción de costos)." También hace ver que estos ahorros "sería absorbidos en su totalidad por las Instituciones Prestadoras, sin posibilidades de reflejarse en el sistema en conjunto" lo cual imposibilitaría distribuirlos socialmente.

Así las cosas, la demanda señala que la medida acusada comporta una limitación a la autonomía de la voluntad y de manera particular a la libertad contractual. Hace ver, además, que tal limitación no recae únicamente sobre los servicios prestados por el Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir los que se reciben a través del sistema contributivo o subsidiado y que son comprendidos por el Plan Obligatorio de Salud (POS) o el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), sino que en general también recae sobre toda "prestación de servicios de salud", concepto mucho más amplio que quedaría sujeto al señalamiento de tarifas mínimas. Por ejemplo, las tarifas de medicina prepagada, los regímenes excepcionales, los servicios no incluidos en los planes obligatorios, etc., quedarían sujetos a tarifas mínimas.

Por todo lo anterior, la demandante concluye que la disposición acusada es un claro ejemplo de una medida de intervención en la economía.

Refiriéndose a los fines de la disposición, la demanda dice que podría deducirse que ellos son implícitos y que consisten en proteger a los prestadores. Sin embargo, lo anterior no es claro, pues la medida también podría utilizarse para proteger a los prestadores públicos de servicios de salud que se encuentran en situación deficitaria, o para limitar el poderío de los prestadores que tienen posición dominante. Por todo lo anterior, la demanda sostiene que la finalidad ha debido ser definida por el legislador, ya que la Constitución es clara al indicar que la finalidad de una medida de intervención económica debe ser señalada por el legislador.

En cuanto a los alcances de la medida y los límites de la libertad económica, sostiene que el silencio del legislador sobre la finalidad de la fijación de tarifas mínimas para los servicios de salud determina que el tipo de sistema a establecer y las diversas modalidades que pueda revestir, sea fijado libremente por el Gobierno Nacional.

1.3 Violación de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política

Para explicar por qué la norma acusada desconoce los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, la demanda afirma que tanto los prestadores públicos y privados, como quienes demandan o contratan servicios de salud, son titulares de la libertad económica a que se refiere el artículo 333 superior¹. Agrega que la medida adoptada en la norma acusada afecta el núcleo esencial de este derecho, en cuanto elimina la libre competencia sin que ni en la ley, ni en el proyecto correspondiente, se hubieran expuesto los motivos adecuados y suficientes que justificaran tal limitación.

Tampoco hay un criterio de solidaridad claramente establecido en la norma legal, de manera que es el Gobierno quien acabará estableciendo el sistema de tarifas mínimas con fundamento en los criterios que estime adecuados; por lo cual resulta desconocido el artículo 334 de la Carta², conforme al cual el Estado intervendrá la economía por mandato de la ley, a fin de racionalizarla con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. De igual manera se echan de menos criterios legislativos de razonabilidad y proporcionalidad que justifiquen la medida limitativa de derechos.

1.4 Violación del artículo 115 de la Constitución

Afirma también la demanda que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 desconoce el artículo 115 superior³, pues indica que el Gobierno Nacional, Comisión de Regulación en Salud, establecerá el sistema de tarifas mínimas, con lo cual "establece una composición del Gobierno Nacional para el caso particular de la siguiente manera: Presidente de la República, Ministro de la Protección Social, y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, con lo cual se infringe el artículo 115 de la Constitución Política, según el cual el Presidente y sus Ministros o directores de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno, perteneciendo entonces todos los miembros de la Comisión a la Rama Ejecutiva, que como se ha expresado no está facultado para establecer los parámetros límites y alcances de las medidas de tipo económico." Agrega que al tratarse del establecimiento de unas tarifas mínimas, las cuales incluyen a entidades del orden privado, estas deberían ser concertadas.

1.5 Violación del artículo 13 de la Constitución Política

Finalmente, la demanda indica que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 desconoce el artículo 13 superior, pues las facultades concedidas al Gobierno para fijar las tarifas mínimas de salud implican un trato desfavorable y discriminatorio para los prestadores privados de servicios de salud, en la medida en que se les niega la posibilidad de estar en condiciones de igualdad con las entidades públicas. De esta manera, el Gobierno hace uso abusivo de su posición dominante. Además, se introduce una discriminación frente a los usuarios de servicios de salud, pues se establece una tarifa mínima, pero no una máxima.

Estos tratos desiguales, afirma la demanda, carecen de una finalidad constitucional que los justifique, porque la ley omite indicar cuál es el

propósito de esta medida de intervención económica. Finalmente, la medida tampoco puede calificarse de adecuada no proporcional para alcanzar una finalidad constitucional, pues ésta misma no existe no ha sido señalada.

2. Expediente D- 6843

Esta demanda recae sobre el inciso primero del artículo 3° (parcial) y el artículo 8° (parcial) de la Ley 1122 de 2007. Estas disposiciones, a juicio del ciudadano demandante, desconocen los artículos 2°, 48, 209, 365 y 366 de la Constitución Política.

2.1 En un primer cargo, la demanda indica que el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007, al disponer que la Comisión de Regulación en Salud se financiará con recursos del Fosyga, contravía lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 48 de la Carta Política, conforme al cual "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella." (Destinación específica de los recursos de la seguridad social) Destaca además, que el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 dispuso un incremento de la cotización parafiscal para el Sistema de Salud, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° demandando, se destinará al mencionado propósito de financiar la referida comisión, lo cual no resulta constitucionalmente válido, en la medida en que el sostenimiento de las entidades de la Rama Ejecutiva debe solventarse con las tasas retributivas que para el efecto establezca el legislador, cosa que en el caso de la Comisión de Regulación en Salud no hizo, o en su defecto con recursos del Presupuesto General de la Nación. Al respecto cita la Sentencia C-731 de 2000, en donde dice, se hicieron las anteriores precisiones.

Agrega que la norma demandada, por las mismas razones, viola también el principio de equidad tributaria, y destaca que la Ley 1122 de 2007 en ninguna parte determinó que la financiación de la Comisión de Regulación en Salud, con cargo a los recursos de la seguridad social, se haría sobre la base de establecer determinada tasa, ni menos señaló la tarifa y método de la misma, como lo exige la Constitución; por lo cual encuentra que también resulta desconocido el artículo 338 superior. Además, la norma demandada resulta contraria al principio de solidaridad, "al echar mano de los recursos de quienes aportan al sistema que son afiliados cotizantes", para fines distintos a los de asegurar la optimización, universalidad y solidaridad en la prestación de los servicios de salud.

2.2 En un segundo cargo, la demanda afirma que el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007 es inconstitucional, porque al modificar la destinación de los recursos de la seguridad social, viola el mandato constitucional contenido en el artículo 2° de la Carta, conforme al cual es un fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, deberes consagrados en la Constitución.

2.3 Como tercer cargo de inconstitucionalidad, la demanda sostiene que el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007 desconoce los mandatos de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional, y en tal medida indirectamente vulnera el artículo 151 superior, conforme al cual para el ejercicio de la función legislativa, el legislador está sujeto a las leyes orgánicas. Concretamente, dice que al aprobarse la norma demandada, el Congreso omitió dar aplicación a las exigencias de la referida Ley Orgánica que exigen efectuar el análisis del impacto fiscal de cualquier proyecto que ordene gasto, e incluir en la correspondiente exposición de motivos y en las ponencias en trámite la exposición de los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. (Ley 819 de 2003, artículo 7°). De manera particular, la demanda estima que las anteriores exigencias no se cumplieron con la comunicación enviada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que aparece en la Gaceta del Congreso N° 649 de 12 de diciembre de 2006, pues lo que dicho concepto afirma es que el proyecto de ley sí define las fuentes para financiar los gastos que la nueva Comisión genera, pero no expone de manera concreta cuáles son dichos costos fiscales de la iniciativa, ni cuáles son las fuentes de ingreso adicionales correspondiente. Así, al parecer del demandante, las exigencias de la ley orgánica sólo fueron cumplidas parcialmente.

2.4 Cuarto Cargo: Conforme un cuarto cargo que recae sobre el inciso 1° del artículo 3° y sobre el inciso 1° del artículo 8°, dichas normas son inconstitucionales en la medida en que la creación de la Comisión de Regulación en Salud no persigue objetivos de eficiencia y solidaridad, que sean adecuados, suficientes, proporcionados ni razonables. En tal virtud desconocen los artículos 2°, 48, 49, 209, 365 y 366 de la Constitución.

Explicando el concepto de violación, sostiene que "si bien la Corte ha reconocido que la destinación de recursos de la seguridad social para sufragar determinados gastos administrativos (como por ejemplo los que financian la labor de las ARS del Régimen Subsidiado), no constituye desviación de los dineros de la seguridad social a otros fines, por considerar que sin esas tareas de coordinación, que cumplen dichas intermediarias, no sería posible la realización eficiente de los actos médicos (Sentencia C- 1489 de 2000), lo mismo que ha considerado constitucionalmente válido al ocuparse de la tasa retributiva por concepto de inspección, vigilancia y control a la Superintendencia Nacional de Salud, "tal criterio jurisprudencial no resulta aplicable ni hacerlo extensivo a la creación y financiación de la CRES dispuesto por las normas demandadas (sic), pues aun aceptando en gracia de discusión que las labores de la Comisión tuvieran relación con la prestación de los servicios de salud, dicha actividad y su financiación no fueron motivadas, no fueron producto del diseño racional fundamentado, suficiente ni proporcionado a los fines perseguidos, sino por el contrario, carentes de la más mínima justificación y de los indispensables estudios técnicos y valoraciones que la justificaran y razonaran...". Por todo lo anterior, no se garantiza el carácter eficiente y solidario de la seguridad social, ni los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, afectándose de esta manera la posibilidad de lograr los fines esenciales del Estado.

De manera particular, arguye la demanda que durante el trámite legislativo que culminó con la expedición de la Ley 1122 de 2007 no se demostró que la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud fuera un organismo demasiado grande y complejo, ni que no se reuniera con la suficiente periodicidad ni actuara con la suficiente diligencia. Menos aun que su labor estuviera dirigida a defender intereses particulares, como se dijo en la exposición de motivos al proyecto que vino a ser la mencionada ley, y que tampoco son ciertas otras acusaciones infundadas que se le hicieron a dicho organismo en esa misma ocasión.

Por último, señala que la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- resulta contraria a toda la política estatal sobre racionalización

del gasto, reducción del tamaño del Estado, políticas de austeridad y priorización de gasto público social definidas en el plan de Desarrollo Económico.

IV. INTERVENCIONES

Dentro del término legalmente previsto para ello, se recibieron en la Secretaría General de la Corte Constitucional las siguientes intervenciones:

1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

En representación del Ministerio de la referencia, intervino oportunamente la ciudadana Mónica Andrea Ulloa Ruiz, quien defendió la constitucionalidad de las normas demandadas, para lo cual expuso, en resumen, los siguientes argumentos:

Al parecer de la interviniente, son dos los temas que cuestionan las demandas. Por una parte, se critica la adopción de un régimen de tarifas mínimas, tanto desde el punto de vista formal como sustancial. De otra parte, se cuestiona la existencia y financiación de la Comisión de Regulación en Salud.

Tras hacer una larga introducción en la que se exponen los aspectos básicos del Sistema de Seguridad Social en Salud, y el papel de la intervención del Estado en la materia, la ciudadana resalta cómo la intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud es particularmente intensa, debido a la relación que existe entre la efectividad de derechos fundamentales y la adecuada prestación de tal servicio. Por eso la Constitución ordena esa intervención, que debe darse en el contexto de la tensión con otros criterios valorativos como lo son la libertad de mercado, la libertad de empresa, la libre competencia económica, etc. En seguida, la intervención ministerial trae a colación diversos fallos de esta Corporación en los cuales, a su juicio, se recoge la visión de este Tribunal en materia del derecho a la salud, su extensión y expresión, y de los diversos mecanismos y herramientas que pueden ser utilizados para su protección.⁴

Prosigue el Ministerio presentando un panorama de la situación del sistema de Seguridad Social y destaca que debe tenerse en cuenta que con la expedición de la Ley 100 los aseguradores del régimen contributivo "impusieron sus condiciones en el mercado: precios de los servicios que contratan, condiciones de prestación del servicio, ubicación de las redes para la atención, escogencia de IPS, etc." Es decir, afirma que al amparo de la libertad de empresa "se han introducido una serie de factores que han afectado sensiblemente la prestación del servicio de salud". Agrega que en este contexto, "la limitación de la integración vertical y del abuso de la posición dominante a las cuales se refiere el artículo 15 de la Ley 1122, así como la regulación en materia de tarifas, cristaliza uno de los aspectos más críticos". Además, al parecer de la interviniente, "un precio artificialmente bajo no es garantía de una buena calidad del servicio."

En sustento de sus afirmaciones, la ciudadana continúa exponiendo los mecanismos a través de los cuales las entidades promotoras de salud (EPS) han logrado colocarse en una posición dominante, a través del establecimiento inicial de tarifas por debajo de los costos, y mediante la creación posterior de un sistema de "integración vertical" de las EPS con las IPS, que genera un desequilibrio en la oferta de éstas últimas y reduce la competencia, pues el usuario queda atrapado en una red en la que no tiene opción de elegir. Además, se llega a un "aniquilamiento del profesionalismo médico ante la imposición del interés corporativo"⁵, "el riesgo ético de interferir sobre el libre y correcto ejercicio de la profesión médica se ha incrementado notoriamente"⁶, y los profesionales de la salud deben soportar contratos en los cuales el pago por los servicios es precario y con tendencia a la baja. Además, la Superintendencia de Salud ha evidenciado la desviación de recursos del Sistema de Salud con destino a la construcción de clínicas, en un afán de la EPS de edificar este sistema de integración vertical. De esta manera, paulatinamente los hospitales y clínicas existentes fueron reemplazados por instituciones muchas veces improvisadas, llamadas a prestar los servicios en este sistema de integración vertical. Consecuencia de esta situación, dice, es que se ha generado un incremento en la necesidad de acudir al juez de tutela para lograr tratamientos, procedimientos o medicamentos, incremento notorio a partir de 1997, y la verificación de situaciones llamadas por la prensa "el paseo de la muerte", en la que la atención de urgencias es negada a los usuarios. Así las cosas, la intervención concluye que lo que las demandas pretenden es "continuar con la carrera de lucro que las EPS han instaurado", oponiéndose a las medidas legales que tratan de impedirlo. Cuando lo que se ha evidenciado es no sólo la conveniencia, sino la necesidad de expedir un manual tarifario que corrija las anteriores inequidades.

Refiriéndose concretamente a la reciente sentencia C-137 de 2007⁷, relativa a la fijación de tarifas mínimas en materia de servicios de salud, en donde se declaró inconstitucional la disposición que exigía una tarifa mínima para la prestación de este tipo de servicios, la intervención ministerial arguye que "es necesario aclarar que el escenario de regulación de tarifas, contenido en la Ley 1122 de 2007 es específico y no tiene el alcance contenido en la sentencia C-137 de este año". Para explicar lo anterior, el Ministerio sostiene que el principio de gratuidad consagrado en el artículo 49 de la Carta se predica únicamente de los servicios de salud de atención básica, comprendidos en el concepto de salud pública a cargo de la Nación y las entidades territoriales, "que no son los mismos servicios del sistema de seguridad social en salud sino complementarios a estos, tienen unos costos que asumen los responsables de su provisión, de manera independiente de que para el beneficiario o usuario final éstos sean gratuitos."

En lo relativo a las afirmaciones de la demanda concernientes a los requisitos que informan el sistema tributario para la fijación de las tarifas de las tasas, el Ministerio indica que "el concepto de tarifas solo puede estar referido al valor, monto o precio por la prestación de servicios de salud, y como tal constituye una materia que se inscribe en la relación transaccional o comercial de compradores y prestadores de servicios, ajeno a la materia impositiva, eso sí del resorte de la intervención del Estado del servicio público de salud como garante de su prestación entre responsables del aseguramiento a quienes el Estado ha delegado su prestación (EPS) y los responsables de la prestación propiamente dicha (IPS)." Agrega que esta Corporación ya ha sentado jurisprudencia en lo relativo a la diferencia entre los conceptos de tasas y de tarifas de los servicios públicos, y al respecto cita las Sentencias C-580 de 1992, C-144 de 1993, C-455 de 1994, C-577 de 1995 y C-465 de 1993. Enfatiza en

que, tratándose de servicios públicos, la tasa equivaldría al concepto de precio de dicho servicio, y vendría determinada por el juego de la oferta y la demanda; no obstante, en mercados imperfectos, en los cuales existe una necesidad pública, la regulación de precios mediante topes máximos o mínimos resulta necesaria; en este caso, la fijación de tales topes involucra el tema de calidad en la prestación de servicio de salud.

En cualquier caso, la intervención ministerial estima que la norma que ahora se cuestiona, referente a tarifas mínimas, es distinta de la que fue objeto de estudio mediante la Sentencia C-137 de 2007. En primer lugar, porque forma parte de una reforma integral a la Ley 100 de 1993; en segundo lugar, porque no se dirige a señalar pagos moderadores que se puedan cobrar al usuario, sino que únicamente busca asignar a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- la función de determinar un Manual de Tarifas por los servicios que prestan las IPS y los profesionales de la salud. Además, los destinatarios son quienes pagan tales servicios, y no se trata de "sistemas tarifarios", sino de un "manual de tarifas mínimas", cuya fijación está imbuida de carácter técnico y más asociada con el concepto de precio que con el de tasa.

Entrando a analizar otro de los asuntos planteados en la demanda, la intervención se refiere a la conformación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. Al respecto indica que al legislador le asiste libertad para modificar las normas que antes ha expedido, pues la Constitución no tiene una única forma de desarrollarse. Así las cosas, la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- es desarrollo de esa facultad. Además, en contra de lo que afirma la demanda, la intervención sostiene que durante el trámite del proyecto de ley correspondiente, "se expusieron una serie de razones para justificar su existencia", argumentos que demostraban la necesidad de radicar en un organismo netamente técnico las decisiones en salud, cambiando la óptica de los consensos que había inspirado la creación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. De esta manera, temas como la unidad de pago por capitación -UPC-, los pagos moderadores, el contenido del POS, etc., no quedarían "al albur de la presión política y a los oleajes del gremialismo que supone la representación de intereses", como ha sucedido hasta ahora, pues tales asuntos vendrán a ser definidos técnicamente por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, mientras que el Consejo pasa a ser un organismo asesor de aquella. Hace ver, además, que varios organismos del Estado responden a los mismos criterios que animaron la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, como las comisiones de servicios públicos domiciliarios, sobre las cuales esta Corporación, afirma la intervención, ha dicho que logran tecnificar los procesos de regulación de la prestación de tales servicios.⁸ En todo caso, el Ministerio interviniente aclara que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- no viene a duplicar las funciones del Consejo, sino que lo reemplaza, llegando a cumplir una función protagónica que hoy es necesaria.

En un nuevo acápite, el Ministerio de la Protección Social analiza el asunto de la destinación de recursos del sector salud para la financiación de la Comisión de Regulación en Salud. Al respecto señala que el sistema de Seguridad Social en Salud cuenta con diversas fuentes de financiación. Entre ellas, en primer lugar aparecen las cotizaciones, que en el escenario de la Hacienda Pública corresponden al concepto de parafiscalidad. Tras referirse extensamente a esta noción, y a lo que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han dicho al respecto, el Ministerio destaca que la destinación sectorial de los recursos es uno de los elementos substanciales del concepto de parafiscalidad, constitucionalmente definido.

Ahora bien, refiriéndose al FOSYGA, afirma que se trata de una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, a través de la cual se administran parte de los recursos destinados a salud en los diversos regímenes, recursos que no pueden ser distraídos a fines diferentes a los sectoriales. En consecuencia, en relación con la acusación de la demanda, la pregunta que debe responderse es si la actividad que realiza la Comisión de Regulación en Salud -CRES- resulta extraña al sector salud, y por lo tanto la destinación de recursos del FOSYGA para dicho su financiación vulnera la Constitución. Al respecto, recuerda que dicha entidad ha sido concebida como un organismo de dirección del sistema, cuyas funciones están estrechamente relacionadas a "los elementos vértice de la regulación" del mismo, de donde se deduce que puede contar con los recursos del FOSYGA para su funcionamiento. En soporte de esta conclusión afirma que la parafiscalidad "a diferencia de la tasa, no genera retribución específica para quien la aporta, materializada en un servicio en específico o en proporción a su esfuerzo".

Finalmente, en un último acápite la intervención, el Ministerio de la Protección Social se dedica a demostrar que el trámite legislativo de la norma que creó la Comisión de Regulación en Salud -CRES- (Artículo 3° de la Ley 1122 de 2007) sí estuvo acompañado del análisis de impacto fiscal que exige el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional. Al respecto sostiene que "si bien la justificación de la Comisión de Regulación en Salud y la fuente para financiar los gastos que genere tal comisión no fueron explícitas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió concepto de consistencia. No obstante que hizo una salvedad "proponemos que se excluyan los recursos de la *Subcuenta de Solidaridad*", esta recomendación no afecta el concepto requerido." Y en relación con la fuente sustitutiva de financiación del gasto, el Ministerio de la Protección afirma que la misma fue analizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues confrontando el concepto visible en la Gaceta del Congreso N° 649 de 2006, "se observa que el referido Ministerio analizó detenidamente el proyecto de ley bajo estudio, pues de no ser así no hubiera señalado que éste definía las fuentes para financiar los otros gastos que genera, tales como los derivados de la creación de la Comisión de Regulación en Salud, CRES y su Secretaría Técnica."

2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino oportunamente dentro del proceso la ciudadana Paula Marcela Cardona Ruiz, quien defendió la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

En relación con la acusación según la cual el artículo 8° de la Ley acusada dispone una indebida destinación de recursos de la seguridad social, pues irrespeta la destinación específica de los mismos, el Ministerio de Hacienda recuerda que el FOSYGA comprende cuatro subcuentas independientes. De ellas, la de Compensación y la de Promoción de Salud, "se nutren exclusivamente con los aportes de los afiliados." Pero la de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, así como la de Solidaridad "se encuentran financiadas por otros recursos diferentes a los de las cotizaciones, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, los aportes del Presupuesto General de la Nación en el caso de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA.

Explicado lo anterior, afirma que "para cumplir con los fines y usos dados por el legislador a la contribución parafiscal siempre será necesario incurrir en gastos administrativos y de funcionamiento que permitan materializar tales fines", por lo cual no podría entenderse que este último tipo de gastos irrespeten la destinación específica de los recursos parafiscales dispuesta por el artículo 48 constitucional.

Dicho lo anterior, la intervención entra a referirse a la razonabilidad de la creación de la Comisión de Regulación en Salud, CRES; tras explicar cómo se financian tanto el régimen contributivo como el subsidiado de seguridad social en salud, destaca que todas las funciones legalmente asignadas a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- guardan estrecha relación con la necesidad de encontrar el equilibrio que debe existir entre los recursos disponibles del régimen contributivo y el subsidiado, de un lado, y el conjunto de beneficios que se pueden financiar con los mismos, del otro (es decir el alcance del POS). Por ello, para determinar el contenido del POS y definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación, es necesario que las decisiones de los organismos competentes estén sustentadas en estudios y análisis técnicos y financieros, de manera que se garantice la efectividad de los derechos que otorga el Sistema.

Ahora bien, "adelantar los estudios y análisis que permitan justamente una adecuada prestación de servicios no solo contribuye sino que permite garantizar la efectividad de los derechos que otorga el Sistema General de Seguridad Social en Salud", por lo cual el financiamiento de las funciones asignadas a la CRES no constituye una indebida destinación de recursos, sino que antes bien permite mayor eficiencia en el manejo de los mismos.

En un nuevo capítulo, la intervención contradice el argumento de la demanda conforme al cual el incremento en la cotización decretado por la Ley demandada tiene por objeto financiar a la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. Al respecto, afirma que ese no es el propósito de tal incremento, sino que el mismo simplemente busca garantizar, para el año 2009, la cobertura universal del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Agrega que el artículo de la Ley 1122 de 2007 que dispone dicho incremento (artículo 11 no demandado en esta oportunidad) surgió del proyecto de Ley N° 67 de 2006, presentado al Senado de la República, y que sobre la finalidad perseguida con la medida puede leerse la exposición de motivos a dicho proyecto, en donde se explica que se buscaba tanto la ampliación de la cobertura como el mejoramiento de los servicios.

Dicho lo anterior, pasa la intervención a referirse a la manera en la cual, durante el trámite del proyecto que vino a ser la Ley 1122 de 2007, se dio cumplimiento a la exigencia del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto, que exige que cualquier proyecto de ley que ordene gasto cuente con un análisis de impacto fiscal. Al respecto explica que el referido proyecto, "no crea un nuevo gasto que demande nuevas rentas." Lo que hace es darle un nuevo uso a los recursos del FOSYGA. Ahora bien, dichos recursos "hacen parte del Marco Fiscal de Mediano Plazo, en la cuantía estimada de sus ingresos en cada vigencia fiscal, por lo que una destinación al financiamiento de la CRES (su costo fiscal), de parte de sus recursos, necesariamente queda comprendida en dicho Marco, en consecuencia considerado su impacto fiscal. En este sentido entendemos que el legislador dio cumplimiento, en este caso, al artículo 7° de la ley 819 de 2003". (Sic) Agrega que "respecto del concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la consistencia del proyecto de Ley con el Marco Fiscal de Mediano plazo, es preciso recordar que este se radicó el 4 de diciembre de 2006 en el Senado de la República... precisando...que *"tanto los de financiamiento del régimen subsidiado como los de creación de la comisión de regulación en salud y su secretaría técnica, se ajustan a las condiciones previstas por el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 y es consistente con los escenarios y metas fiscales definidas para el Gobierno Nacional Central y para el sector público consolidado no financiero, en el mediano plazo..."*. En virtud de lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que en el trámite de la Ley 1122 de 2007, y particularmente en lo referente a la creación de la CRES, se dio cumplimiento a la Ley Orgánica del Presupuesto.

Pasa la intervención ministerial a referirse a la libertad que le asiste al legislador para configurar el régimen de seguridad social en salud, y afirma que lo establecido en las normas demandadas cae bajo dicha libertad, toda vez que se relaciona con la necesidad de establecer las condiciones en que debe desarrollarse la Seguridad Social en Colombia, según se evidencia en la lectura de la exposición de motivos al proyecto de Ley que se transformó en la Ley 1122 de 2007, que transcribe *in extenso*.

En seguida el Ministerio de Hacienda se refiere al alcance constitucional del principio de solidaridad, y a la proyección del mismo en la norma que crea la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. Al respecto indica que no cabe duda de que a través de la creación de dicho ente el legislador desarrolla dicho principio, toda vez que "al establecer un organismo de dedicación exclusiva, cuyas funciones guardan relación con la determinación del Plan Obligatorio de Salud - POS y la UPC que financia el plan, claramente se pretendió la mejor utilización de los recursos tanto del Régimen Contributivo como Subsidiado, y por ende, la concreción del principio de solidaridad permite de una parte que más colombianos puedan ingresar al aseguramiento, a la vez que se genera una optimización de las prestaciones a las que tienen derecho."

Por último, en cuanto al contenido prestacional y progresivo del derecho a la salud, la intervención sostiene que esta característica requiere de la participación del legislador para lograr que todas las personas accedan a la seguridad social en salud, "por cuanto dichos derechos forman parte de los derechos sociales que no son de aplicación inmediata." Al respecto explica, recordando abundante jurisprudencia sentada sobre el tema por esta Corporación, que los derechos individuales y de prestación se concretan y estructuran en los términos en que el legislador lo disponga, y que por ello "las leyes y normas que regulan los temas de seguridad social, deben tener en cuenta aspectos institucionales (la CRES por ejemplo), presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían efectivizarse los derechos prestacionales...".

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el Ministerio de Hacienda y Crédito público solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

3. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

En nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia intervino dentro del proceso el ciudadano Augusto Trujillo Muñoz, académico de número de dicha institución, quien expuso lo siguiente:

En cuanto al cargo de inconstitucionalidad según el cual el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007 es inconstitucional por destinar recursos parafiscales de la seguridad social a objetos diferentes a ésta, el ciudadano interviniente estima que es jurídicamente viable que dichos recursos financien la operación de los organismos encargados de prestar los servicios propios del sector, como aquel que consiste en ejercer la función reguladora del mismo. Por lo anterior, en lo que tiene que ver con este cargo, estima que el referido artículo 8° resulta conforme con la Constitución.

En lo que concierne al cargo de inconstitucionalidad según el cual el trámite del mismo artículo 8° en el Congreso de la República habría desconocido las normas de la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional, y por ende el artículo 151 superior, el interviniente sostiene que no existe una jerarquía entre los distintos tipos de leyes (orgánica, estatutaria, ordinaria), pues todas tienen origen en el mismo órgano. Por lo tanto "el principio jerárquico ha de dar paso al principio competencial, el cual no sólo evita la colisión legal, sino que permite superar cualquier problema de conflicto de leyes." Ahora bien, dado que la Ley 819 de 2003 fue tramitada como orgánica por cuanto contiene normas relacionadas con la aprobación y ejecución del presupuesto de rentas, entonces el "Marco Fiscal de Mediano Plazo" a que dicha ley se refiere debe ser estudiado y discutido durante el primer debate del proyecto de ley anual de presupuesto. Además, cuando su artículo 7° hace referencia al impacto fiscal de cualquier proyecto de ley que ordene gastos u otorgue beneficios tributarios, se refiere al impacto sobre el presupuesto, con el objeto de preservar la estabilidad macroeconómica del Estado, pero no a los recursos parafiscales que no forman parte del presupuesto, para cuyo control, vigilancia y regulación existen otras normas y organismos. Agrega que ninguno de los temas regulados en la Ley 1122 de 2007 hacen parte de del listado taxativo a que se refiere el artículo 151 superior.

Finalmente el ciudadano interviniente refuta los cargos de inconstitucionalidad aducidos en contra de los artículos 3° inciso primero y 8° de la Ley 1122 de 2007 conforme a los cuales la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y la destinación de recursos para su financiamiento "no obedecen a motivos adecuados, suficientes, proporcionados ni razonables." Al respecto indica que el Congreso es titular de la cláusula general de competencia, y que, además, el numeral 7° del artículo 150 superior le atribuye la competencia de "(d)eterminar la estructura de la Administración y ... crear... otras entidades del orden nacional".

4. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Tributario

En representación del Instituto de la referencia intervino oportunamente el ciudadano Juan Pablo Godoy Fajardo, quien presentó ante la Corte el concepto preparado por la doctora Cecilia Montero Rodríguez, avalado por la mayoría de los miembros del Consejo Directivo de esa Institución.

En cuanto al primero de los cargos de inconstitucionalidad, conforme al cual la destinación de recursos parafiscales para la financiación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- desconoce la destinación específica de los mismos, el Instituto lo refuta recordando el alcance normativo de varias normas superiores, cuales son los artículos 48, 49, 365 y 150 numeral 7 de la Constitución; estas disposiciones, dice, fueron desarrolladas por el legislador con la expedición de la Ley 1122 de 2007. En ésta, explica, se reformaron aspectos concernientes a la dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización y mejoramiento de los servicios de salud, fortalecimiento de los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

Ahora bien, en lo relativo a la dirección y regulación del sistema de salud, en el artículo 3° la Ley acusada crea la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, y en el 7° le señaló una serie de funciones, todas cuales tienen una relación con la prestación del servicio de salud, "porque son desarrollo de la obligación del Estado de organizar, dirigir, regular y coordinar el servicio público de seguridad social en salud."

Recuerda entonces el Instituto, que la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud proviene de recursos fiscales y parafiscales; y agrega que, dentro de este sistema, es evidente que existe una necesidad de financiar el costo de las actividades de regulación en cabeza del Estado representado en este caso por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, si se tiene en cuenta que "se trata de una función que constitucional y legalmente le imple como responsable que es de la prestación eficiente de los servicios públicos".

Por todo lo anterior, la intervención concluye que la destinación específica de los recursos parafiscales no significa que con cargo a ellos no pueda atenderse la financiación de las actividades de dirección, regulación y demás deberes estatales relacionados con el servicio público de seguridad social en salud. Destaca que tal regulación es necesaria, toda vez que, como lo ha explicado esta Corporación, el derecho a la seguridad social pertenece a la categoría de los derechos prestacionales, para cuya eficacia se requiere de procedimientos y entidades que los hagan efectivos, así como de reglamentación legal que lo organice...". Finalmente, pone de presente que los sujetos favorecidos con el cumplimiento de las funciones asignadas a la Comisión de Regulación en Salud no son únicamente las empresas prestadoras de servicios, como lo afirma el demandante, sino "todo el universo del sistema definido por la Ley". Por todo ello, concluye que es válida la financiación de dicha Comisión con cargo a los recursos de la Seguridad Social en Salud.

Finalmente, el Instituto interviniente destaca la libertad de configuración legislativa que le asistía al Congreso para la creación de dicha Comisión, y la contribución que la misma puede aportar con el cumplimiento de sus funciones, para la realización de los principios de eficiencia y solidaridad propios de Estado, según la fórmula social de Derecho.

5. Intervención de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI

En nombre de la Asociación de la referencia, intervino oportunamente la ciudadana Ana Cecilia Santos, quien coadyuvando la demanda solicitó a

la Corte declarar la inexecutable del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, por considerarlo violatorio de los artículos 49, 50, 150 numeral 21, 333 y 338 de la Constitución Política.

Para explicar el concepto de violación del artículo 49 superior, transcribe su texto y resalta dentro de él el inciso en el cual dice que "*(l)a ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria*". Al respecto sostiene que cuando el numeral 7° del artículo 7° de la Ley demandada faculta a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- para que establezca y actualice una tarifa mínima en los servicios de salud, la prestación de dichos servicios nunca podría ser gratuita, lo cual contradice ostensiblemente el inciso transcrito. Agrega que la disposición no especifica a qué tipo de servicios se refieren las tarifas mínimas que menciona, de donde se debe deducir que ellas resultan aplicables a todo el sector salud. Recuerda entonces que esta Corporación, en la Sentencia C-137 de 2007, declaró inexecutable el artículo 42 de la Ley 812 de 2003 que autorizaba al Ministerio de la Protección Social para establecer un sistema de tarifas mínimas para la prestación de los servicios de salud.

Pasando a explicar las razones del desconocimiento del artículo 50 de la Constitución, la intervención recuerda que conforme a dicha norma superior, "*(t)odo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado*". Frente a esta disposición, la norma demandada, al establecer la exigencia de una tarifa mínima en los servicios de salud sin hacer ningún tipo de distinciones, impide su prestación a los menores de un año que carezcan de seguridad social. Agrega que en este punto resultan aplicables los conceptos vertidos por esta Corporación en la citada Sentencia C-137 de 2007.

En lo que concierne a las razones por las cuales el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 vulnera el artículo 150 numeral 21 de la Constitución, la interviniente explica que conforme a esta norma superior, al expedir las leyes de intervención económica previstas en el artículo 334 de la Carta, el Congreso debe precisar sus fines y los alcances y límites a la libertad económica que en ella se establezcan. Sostiene entonces que la facultad de establecer un sistema de tarifas o precios mínimos, incluyendo los honorarios profesionales, otorgada a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- constituye una forma de intervención económica, puesto que en lo sucesivo en el mercado no será posible pactar tarifas inferiores a las contenidas en el manual de tarifas mínimas. Por lo anterior, el Congreso ha debido dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral 21 del artículo 150 de la Carta. No obstante, dice que dichos requisitos de echan de menos en la norma demandada, "puesto que si bien se señala que dentro del manual de tarifas mínimas deben incluirse los honorarios profesionales, no dispone sobre qué otras materias se refiere el sistema de tarifas y el manual tarifario". En consecuencia, afirma que podría entenderse que tal sistema podría cobijar a todo el sector salud, lo que por ejemplo incluiría los precios de los medicamentos, insumos médicos, infraestructura hospitalaria, tarifas de todos los profesionales de la salud y del personal administrativo que trabaja para en sector público o privado de salud, tarifas para atender a la población más pobre en lo no cubierto con el subsidio a la demanda, etc. Afirma que también en este asunto de la inconstitucionalidad de las normas de intervención económica que no señalan sus fines y ni los límites y alcances de la libertad económica en la materia regulada, cabe reiterar la jurisprudencia contenida en la pluricitada Sentencia C-137 de 2007.

Prosigue la intervención explicando las razones por las cuales el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 vulnera el artículo 338 de la Constitución Política. Al respecto recuerda que dicha norma superior consagra el principio de legalidad en materia tributaria e indica que la ley, las ordenanzas o los acuerdos deben señalar directamente los sujetos activos, pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos; y que tratándose de tasas, pueden permitir a la autoridades que las fijen, pero en este caso el sistema y método para definir los costos y beneficios que las determinan deben ser señalados discretamente por el Congreso, las asambleas o los concejos. Recordado lo anterior, afirma que en la norma demandada "se establece una tasa por la retribución del servicio de salud prestado por el Estado, sin que la Ley haya definido el sujeto pasivo de la obligación, las tarifas a las cuales se refiere el manual de tarifas mínimas, ni la metodología para fijarlas." Enseguida, la intervención recuerda que esta Corporación, en la tantas veces citada Sentencia C-137 de 2007, sostuvo la retribución por la prestación que obtiene el usuario del sistema de seguridad social en salud constituye un gravamen al que se conoce con el nombre de tasa.

Finalmente, la intervención se dedica a explicar las razones por las cuales el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 resulta contrario a lo prescrito en el artículo 333 de la Constitución Política, referente a la libertad económica, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libre competencia. Al respecto sostiene que "el establecimiento de un sistema de tarifas mínimas comporta una limitación a la libre competencia en la medida en que a los prestadores se les prohíbe ofrecer tarifas inferiores a la mínima, así tengan una estructura de costos que les permita ofrecer tarifas más competitivas para conquistar el mercado en condiciones de eficiencia y calidad".

De otro lado, sostiene la intervención que la norma acusada resulta ser desproporcionada "en cuanto general un efecto inflacionario en todo el sector." Para explicar el anterior aserto, recuerda la jurisprudencia vertida por esta Corporación el Sentencia C-616 de 2001⁹, en donde, al decir de la interviniente, se sostuvo que la libre competencia comportaba unas garantías básicas, como la de poder ofrecer las ventajas que se consideraran oportunas, entre ellas un precio que resulte competitivo para la conquista del mercado. Por ello, es decir por cuanto el establecimiento de tarifas mínimas implica una limitación a la libertad de empresa, la introducción de la medida tenía que cumplir con los requisitos constitucionalmente definidos en la Sentencia C-615 de 2002, en la cual se sostuvo que tal intervención sólo procedía mediante ley, que no podía afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa, que debía obedecer a motivos adecuados y suficientes y al principio de solidaridad, y responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Requisitos que no fueron observados por el legislador en el presente acaso. En especial, al explicar por qué la medida no es razonable ni proporcionada y en cambio resulta inflacionaria, afirma que la fijación de tarifas mínimas implica que los prestadores que por su estructura de costos podrían ofrecer precios más bajos a los impuestos, en lo sucesivo no trasladarán este beneficio a los usuarios.

En un escrito adicional allegado por la misma ciudadana en representación de la misma entidad interviniente, coadyuva la demanda en los

referente a la inconstitucionalidad de los artículos 3° (en lo demandado) y 8° de la Ley 1122 de 2007. Al respecto, tras destacar la importancia que revisten los estudios técnicos que deben llevarse a cabo para la determinación del valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC- en el sistema de Seguridad Social en Salud, la interviniente arguye que la prohibición de destinar los recursos de la seguridad social a otros fines diferentes a ésta no debería entenderse extendida al financiamiento de dichos estudios técnicos, pues se trata de asuntos inherentes y consustanciales al servicio de salud. Por esa razón solicita a la Corte mantener la jurisprudencia sentada en el sentido de que los costos de la esencia de la prestación del servicio de salud, como los relacionados con los mencionados estudios técnicos que lleve a cabo la Comisión de Regulación de Salud, CRES, pueden ser financiados con recursos del FOSYGA sin que ellos contravenga la Constitución.

No obstante lo anterior, la intervención prosigue señalando que en el caso de la Ley 1122 de 2007, no se establecieron criterios o parámetros de eficiencia y racionalidad para la financiación de los costos que genere el funcionamiento de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, vacíos que comportan una clara violación al principio de eficiencia de la seguridad social. En sustento de esta opinión, cita la Sentencia SU-480 de 1997.

6. Intervención de la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA

En representación de la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, intervino en tiempo el ciudadano Gustavo Enrique Morales Cobo, quien abogó por la declaración de inconstitucionalidad del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007.

En sustento de esta posición expuso los siguientes argumentos:

En primer lugar, adujo que la facultad de intervención del Estado en la economía se ejerce por medio de la ley, pero dentro de ciertos parámetros y requisitos fijados por los artículos 334 y 150 numeral 21 de la Constitución. Ahora bien, en el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 el Congreso confirió la potestad a la CRES para expedir y actualizar un sistema tarifario aplicable al sector salud, pero "el precepto es tan indeterminado e impreciso que no especifica siquiera el sector o el servicio al cual debe dirigirse dicho sistema tarifario, sino que sólo menciona que debe componerse de un manual de tarifas mínimas." Por ello no cumple con las exigencias constitucionales para intervenir la economía, porque no define los sujetos sobre los cuales recae, no determina o especifica la tarifa mínima a que alude, ni los parámetros para establecerla.

De otra parte, la indeterminación del precepto vulnera también el artículo 338 superior, en la medida en que no especifica el método y el sistema para fijar la tarifa de la tasa a que se refiere.

Por último, la intervención destaca que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 desconoce el principio de gratuidad de la prestación del servicio de salud, a que alude el artículo 49 superior.

En virtud de lo anterior, el ciudadano interviniente solicita la declaración de inconstitucionalidad del referido numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, y por unidad de materia la de otros apartes de disposiciones relacionadas con la misma norma, contenidas en la misma Ley, cuales son ciertas expresiones del literal j) del artículo 14 y del artículo 43, que se refieren a las tarifas mínimas que señalará la Comisión de Regulación en Salud, CRES.

7. Intervención de la ciudadana Myriam Patiño de Mosos.

En forma oportuna intervino la ciudadana Myriam Patiño de Mosos, quien solicitó a la Corte declarar la inconstitucionalidad de las normas demandadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

Sostiene la ciudadana que las normas acusadas son inconstitucionales porque la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional dispone que en toda ley ordenanza o acuerdo que ordene gastos u otorgue beneficios tributarios debe hacerse explícito su impacto fiscal, que tendrá que ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, para lo cual en la exposición de motivos del proyecto y en las ponencias correspondientes deberán incluirse los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingresos adicional generada para el financiamiento de dicho costo; como durante el trámite legislativo de la Ley 1122 de 2007 se incumplió con lo anterior, resulta desconocida también la Constitución Política, concretamente su artículo 151.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, solicitó a esta Corporación declarar la inexecutable del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 y la exequibilidad de los artículos 3° y 8° de la misma Ley, en lo demandado. En sustento de esta petición expuso los siguientes argumentos:

Refiriéndose inicialmente al numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, dice la vista fiscal que si bien su contenido y el contexto normativo en que está insertado es diferente al de la norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-137 de 2007, por cuanto en aquella ocasión se trataba de una ley ordinaria, "en tanto que en el presente caso, se trata de la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo" (sic), en todo caso ambas disposiciones hacen referencia a la creación y actualización de un sistema general de tarifas y un manual de tarifas mínimas, por lo cual las razones para declarar la inexecutable del artículo 42 de la Ley 812 de 2003 resultan ahora extensibles al numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122, dado que esta última disposición, al igual que aquella, se limita a establecer como función de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- el establecer y actualizar el régimen tarifario y en particular las mencionadas tarifas mínimas, sin señalar ni los fines ni los alcances de tal medida, según lo exige el artículo 150 de la Carta en su numeral 21. Así mismo se desconoce el artículo 333 de la Carta, pues no se delimita "el alcance de la libertad económica" que se ve restringida por la norma acusada, y el

334 *ibidem*, conforme al cual las leyes que intervengan la economía deben tener como propósito racionalizarla para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como "dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos...[y] promover la productividad y la competitividad." De la anterior disposición constitucional se deriva, dice el señor Procurador, "la exigencia de que el legislador establezca cómo y por qué una determinada política de intervención económica se orienta a los mencionados fines constitucionales, justificación ausente en la disposición demandada y en general en la Ley que la contiene", que por lo tanto resulta inconstitucional.

Destaca en seguida la Procuraduría que la disposición contenida en el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 desconoce el principio de gratuidad que orienta la prestación del servicio de salud, consagrado en el artículo 49 de la Constitución el cual indica que: "*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria*".

Estos aspectos irregulares de la disposición son suficientes, dice la vista fiscal, para solicitar a la Corte Constitucional que declare la inexecutable de la misma.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la creación de la Comisión de Regulación en Salud, y al trámite de esta iniciativa en el Congreso de la República, dice el señor procurador que la exposición de motivos al proyecto de ley correspondiente planteó diversos problemas en la dirección, coordinación, cobertura y calidad del servicio de salud, señalando que la Comisión podría superar estas dificultades. Agrega que dicha justificación es suficiente, aunque "le asiste razón al demandante en cuanto a la falta de inclusión en las ponencias del estudio de impacto fiscal de la creación de la Comisión". No obstante encuentra que dicha falencia "no significa que no se haya cumplido con este requisito", puesto que tal impacto y su conformidad con el marco fiscal de mediano plazo fue evaluado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien dio su concepto favorable al proyecto de ley en este aspecto, según puede constatarse con la lectura del referido concepto, enviado por dicho Ministerio a las comisiones séptimas conjuntas de Cámara y Senado. Así mismo, dice la vista fiscal que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en Concepto No. 563 del 23 de noviembre de 2006, publicado en la Gaceta del Congreso No. 649 de diciembre 12 de 2006, emitió concepto favorable en relación con la compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2006, respecto del proyecto que vino a ser la Ley 1122 de 2007.

Por todo lo anterior, en concepto del Ministerio Público no debe prosperar el cargo de falta de justificación para la creación de la Comisión de Regulación en Salud.

Finalmente, el señor Procurador se refiere al carácter parafiscal de los recursos de la salud y la posibilidad constitucional de financiar la Comisión de Regulación en Salud con cargo a estos recursos. Al respecto indica que esta Corporación ha explicado que el carácter parafiscal de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud significa que ellos deben ser reinvertidos en el mismo sistema, en beneficio de todos los usuarios. Agrega que en la Sentencia C-1002 de 2004, la Corte aceptó que el pago de gastos administrativos para el funcionamiento del Sistema requiere una valoración restrictiva de su carácter indispensable y directo en relación con la prestación del servicio, y que tratándose las funciones de control y vigilancia, la prohibición de destinación a otros objetos no resulta aplicable. (Sentencias C-731 de 2000 y C-1040 de 2003).

Dicho lo anterior, la vista fiscal se detiene en examinar qué tipo de funciones lleva a cabo la Comisión de Regulación en Salud, y concluye que si bien no cumple funciones de vigilancia y control, sí se dedica a la regulación de algunos aspectos de las relaciones entre los actores del sistema para lograr la sostenibilidad y la eficiencia dentro del principio constitucional de solidaridad, por lo cual "la financiación de la Comisión de Regulación en Salud con recursos del FOSYGA, se enmarca en la excepción que establece la Corte en relación con los costos necesarios e inherentes a la prestación del servicio y al aseguramiento de sus fines".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Por dirigirse la demanda contra una norma que forma parte de una ley de la República, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

2. El problema jurídico que plantean las demandas

En conjunto, las dos demandas acumuladas acusan de inconstitucionales tres disposiciones de la Ley 1122 de 2007, a saber: (i) el artículo 3° que crea la Comisión de Regulación en Salud -CRES-; (ii) el numeral 7° del artículo 7° que le asigna a dicha Comisión la función de establecer un sistema de tarifas que contenga un manual de tarifas mínimas para servicios de salud, incluyendo las de los honorarios profesionales; y (iii) el artículo 8° conforme al cual dicha Comisión se financiará con recursos del Fosyga.

2.1 En contra del artículo 3° que crea la mencionada Comisión, la demanda dice:

*Que ella no persigue objetivos de eficiencia y solidaridad, que sean adecuados, suficientes, proporcionados ni razonables.

*Que durante el trámite legislativo de aprobación de esta disposición, surtido en el Congreso de la República, no se demostró que la existencia y actividad del nuevo órgano hubieran sido producto de un diseño racional, fundamentado, suficiente y proporcionado a los fines perseguidos de mejoramiento del sector salud, sino que por el contrario la disposición careció de la más mínima justificación y de los indispensables estudios técnicos y valoraciones que la soportaran.

*Que durante el trámite legislativo que culminó con la expedición de la Ley 1122 de 2007 no se demostró que la ya entonces existente Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud fuera un organismo demasiado grande y complejo, ni que no se reuniera ni cumpliera adecuadamente sus funciones, de manera que se hiciera necesaria la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-.

*Que la creación de la referida Comisión de Regulación en Salud -CRES- resulta contraria a toda la política estatal sobre racionalización del gasto, reducción del tamaño del Estado, políticas de austeridad y priorización de gasto público social definidas en el Plan de Desarrollo Económico.

2.2 En contra del artículo 8°, que determina que la nueva Comisión se financiará con recursos del Fosyga, la demanda sostiene lo siguiente:

*Que no estuvo precedido de una justificación razonable.

*Que modifica la destinación específica de los recursos de la seguridad social, en contravía de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 48 de la Carta Política, conforme al cual "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella".

*Que durante el trámite de su aprobación se omitió cumplir con el requisito a que alude el artículo 7° de la Ley 819 de 2007, Orgánica del Presupuesto Nacional, que exige que al aprobar leyes que ordenen gasto se efectuó un análisis de impacto fiscal y se incluya en la correspondiente exposición de motivos y en las ponencias en trámite, el estudio de los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento del costo correspondiente. Por ello, resulta vulnerado el artículo 151 superior.

*Que como en el artículo 10 de la Ley 1122 se dispuso un incremento de la cotización parafiscal para el Sistema de Salud, debe entenderse que dicho incremento se destinará al propósito de financiar la referida Comisión, según lo dispuesto en artículo 8°. Lo cual no resulta constitucionalmente válido, (i) dada la destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud; (ii) por desconocimiento de los principios de equidad y legalidad tributaria, toda vez que la Ley no determinó, como ha debido hacerlo, que la financiación de dicho organismo se hiciera sobre la base de establecer determinada tasa retributiva por la prestación del servicio de la Comisión, ni menos señaló la tarifa y método de la misma, como lo exige la Constitución en su artículo 338; y (iii), porque esta forma de financiación mediante el incremento de la cotización desconoce el principio de solidaridad, "al echar mano de los recursos de quienes aportan al sistema que son afiliados cotizantes", para fines distintos a los de asegurar la optimización, universalidad y solidaridad en la prestación de los servicios de salud.

2.3 En lo relativo a la acusación que recae sobre el numeral 7° del artículo 7°, que autoriza a la Comisión para adoptar un manual de tarifas mínimas para el sector salud, la acusación expone las siguientes razones de inconstitucionalidad:

*Que la disposición reproduce el contenido normativo del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, declarado inexecutable mediante la Sentencia C-137 de 2007¹⁰, y que los vicios que estaban presentes en dicha norma y que fueron señalados por esta Corporación en la mencionada Sentencia, no fueron subsanados en la nueva norma que ahora se acusa de inconstitucional.

*Que la norma legal acusada consagra una forma de intervención del Estado en la economía de aquellas a que se refiere el artículo 334 superior, y que por lo tanto debía precisar sus fines y alcances así como los límites a la libertad económica que de ella emanan, pues así lo ordenaba el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución. No obstante, esos requerimientos constitucionales no fueron cumplidos por el legislador.

*Que en cuanto elimina la libre competencia, la norma acusada afecta el núcleo esencial de la libertad económica, sin que ni en la Ley aprobada ni en el proyecto correspondiente se hubieran expuesto los motivos adecuados y suficientes que justificaran tal limitación. Se echan de menos criterios legislativos de solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad que justifiquen la medida limitativa de derechos, con todo lo cual se desconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

*Que al autorizar a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- para adoptar un manual de tarifas mínimas en el sector salud, se desconoce la composición del Gobierno central definida en el artículo 115 superior.

*Que las facultades concedidas a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- para adoptar un manual de tarifas mínimas significan un trato desfavorable y discriminatorio para los prestadores privados de servicios de salud, en la medida en que se les niega la posibilidad de estar en condiciones de igualdad con las entidades públicas.

2.4 Las intervenciones gubernamentales presentadas por los ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público se orientan a demostrar que con anterioridad a la expedición de la Ley 1122 de 2007, la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud permitió el abuso de la posición dominante por parte de algunas empresas prestadoras del servicio de salud (EPS), evidenciándose la conveniencia y necesidad de expedir un manual tarifario que corrigiera esas inequidades.

Refiriéndose a la Sentencia C-137 de 2007¹¹, sobre fijación de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud, las intervenciones oficiales afirman que la Ley 1122 de 2007 tiene un contenido específico que no cae bajo el alcance de la referida Sentencia. Destacan que la gratuidad en la prestación de los servicios de salud dispuesta por la Constitución sólo se refiere a los servicios de salud de atención básica, comprendidos en el concepto de salud pública a cargo de la Nación y las entidades territoriales. De otro lado, ponen de manifiesto que el concepto tributario de "tarifa de la tasa" no resulta aplicable tratándose de servicios que se inscriben en una relación de mercado, transaccional o negocial, ajena a la materia impositiva. No obstante, en un escenario de mercados imperfectos, sí cabe la intervención del Estado en la economía para la fijación de topes máximos o mínimos.

De otra parte, las intervenciones oficiales destacan la libertad de configuración legislativa que le asistía al legislador para crear la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, y que contrario a lo que afirma la demanda, durante el trámite de aprobación de la Ley 1122 de 2007 se expusieron una serie de razones para justificar su existencia, y sí se hizo el análisis de impacto fiscal que exige el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional. Además, dado que la actividad que realiza la Comisión de Regulación en Salud -CRES- no resulta extraña al sector salud, no existe un inconveniente constitucional para que su financiación provenga de los recursos del Fosyga.

2.5 En cuanto a las intervenciones ciudadanas, unas coadyuvan la demanda y otras se oponen a ella con similares argumentos a los esgrimidos por los ministerios intervinientes. Por su parte, la vista fiscal aboga por la inexequibilidad del numeral 7º del artículo 7º de la Ley 1122 de 2007, teniendo en cuenta lo decidido por esta Corporación en la Sentencia C-137 de 2007¹², y por la exequibilidad de los artículos 3º y 8º, en lo demandado, pues encuentra que dentro del trámite de aprobación de dichas normas en el Congreso de la República si se presentó la justificación para la creación de la Comisión de Regulación en Salud, y el Ministerio de Hacienda sí emitió un concepto favorable en relación con la compatibilidad de la medida con el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2006. Adicionalmente, sostiene que por el tipo de funciones que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- está llamada a cumplir, su financiación con recursos provenientes del Fosyga no implica un desconocimiento de la destinación específica de los recursos parafiscales del Sistema de Seguridad Social en Salud a que se refiere el artículo 48 superior.

2.6 Así las cosas, los problemas que corresponde definir a la Corte en la presente ocasión son básicamente los siguientes: (i) Si la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, llevada a cabo mediante la expedición del artículo 3º de la Ley 1122 de 2007, debía observar, y en caso afirmativo, efectivamente observó, los requisitos constitucionales que deben cumplir las leyes que creen entidades administrativas y ordenen gasto. (ii) Si la financiación de la Comisión de Regulación en Salud con cargo a los recursos del Fosyga dispuesta por el artículo 8º acusado implica un desconocimiento de la destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud, a que alude el artículo 48 superior. (iii) si la facultad que el numeral 7º del artículo 7º le concede a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- para adoptar un manual de tarifas mínimas para el sector salud implica el desconocimiento del principio de gratuidad en la prestación de los servicios de salud, e implica también una intervención del legislador en materia económica, y por lo tanto el Congreso debía precisar los fines y alcances de la medida así como los límites a la libertad económica que se introducía, y en caso afirmativo establecer si lo hizo o no. Y si la norma reproduce o no otra muy similar declarada inexecutable mediante la Sentencia C-137 de 2007¹³.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, por razones metodológicas la Corte inicialmente estudiará si la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- observó los requisitos constitucionales exigidos para la adopción de este tipo de disposiciones, y solamente si llegara a encontrar que el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007, que crea dicha Comisión, se ajusta a la Constitución, pasará a estudiar si la forma de financiación de sus actividades (Artículo 8º) y las facultades que se le conceden para adoptar un manual de tarifas mínimas para el sector salud, resultan acordes con las normas superiores.

3. La creación de organismos de regulación de servicios públicos

3.1 El régimen constitucional de los servicios públicos

En diversas oportunidades esta Corporación se ha referido al régimen constitucional de los servicios públicos y a la relación que existe entre la adecuada prestación de los mismos y el logro de las finalidades del Estado según la fórmula "social de Derecho".¹⁴ Ciertamente, el constitucionalismo social prontamente reconoció la importancia de los servicios públicos como instrumento para el logro de los fines del Estado y de la plena vigencia de los derechos fundamentales, por lo cual el constituyente de 1991 diseñó un marco normativo para su prestación, que involucra la responsabilidad de diversos órganos del poder público en su regulación, control y vigilancia, y que prevé el ejercicio de la actividad estatal de intervención económica a fin de asegurar la prestación eficiente de esta clase de servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Sobre el diseño constitucional del régimen de los servicios públicos y la intervención socio económica prevista por las normas superiores para su prestación, la Corte ha dicho:

"El marco constitucional para la regulación de los servicios públicos¹⁵ está compuesto por varios de los principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución (Artículos 1, 2 y 5, CP); por ciertos derechos específicos consagrados en el Título II de la misma (Artículos 48, 49, 56, 58, 60, 64, 67, 76, 77 y 78, CP.); por las disposiciones relativas a la potestad de configuración del legislador y la potestad reglamentaria del Presidente en materia de servicios públicos (Artículos 150, numeral 23 y 189, numeral 22, respectivamente, CP); por las normas relativas a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos (Artículos 106, 289, 302, 311 y 319, CP); por las normas del régimen económico y de hacienda pública (Artículos 333 y 334, CP) y, por las disposiciones del Título XII, capítulo 5 de la Constitución, que definen "la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos" (Artículos 365 a 370, CP).

"De conformidad con este marco se le ha confiado al Legislador la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público, su carácter de esencial, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, la permanencia, la calidad y la eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, sus deberes y derechos, el régimen de su protección y las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten un servicio público, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce la inspección, el control y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente.¹⁶

"El alcance de la potestad de configuración del Legislador en esta materia está determinado, a su vez, por el mandato constitucional del artículo 334 de la Carta que atribuye al Estado la dirección general de la economía, para lo cual habrá de "intervenir, por mandato de la ley, [...] en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la

distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano."

"Adicionalmente, el ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Artículo 365 CP); (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (Artículo 366, CP); (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (Artículos 365 y 367, CP); y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios (Artículo 369, CP).

"Si bien es cierto que, tal como lo establece el artículo 365 Superior, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no esta totalmente librada a las condiciones del mercado. Por ello, para asegurar el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.), y de lograr el objetivo fundamental de la actividad estatal consistente en dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.), el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos. Tal como lo resaltó la Corte recientemente, tan *"importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.)"*¹⁷

"La intervención estatal en esta materia se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, o para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo. Por ello, tal como lo reiteró recientemente esta Corporación,¹⁸ "la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones -además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad (...)- se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad."¹⁹

Como puede verse, además de la función propiamente legislativa en cabeza del Congreso de la República, el régimen constitucional de los servicios públicos prevé una actividad específica de "regulación" que puede ser llevada a cabo por órganos diseñados *ad hoc* por el legislador para ello, a través de los cuales se cumplen funciones de intervención económica "por mandato de la ley, y que buscan lograr el objetivo constitucional de que la adecuada prestación de los servicios públicos y las finalidades sociales inherentes a la misma no queden libradas únicamente a las fuerzas económicas del mercado.

3.1 La función de regulación socio económica.

Esta Corporación ha explicado cómo la función estatal de "regulación" socio-económica constituye una forma de intervención del Estado en la economía, que tiene unos rasgos característicos propios que la distinguen de otras formas de intervención.²⁰ Dentro de esos rasgos característicos propios, ha hecho ver que se trata de una función eminentemente técnica, que toma en cuenta las notas y las dinámicas propias del sector que se regula, por lo cual *"la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo."*²¹ Adicionalmente, es una función que se ejerce en forma permanente, atendiendo a la evolución y a las circunstancias cambiantes del sector correspondiente. Empero, éste carácter técnico, sectorial y permanente no hace que las funciones de regulación socio económica sean ajenas al señalamiento de políticas, que deben ser fijadas directamente por el Congreso de la República. Finalmente, la jurisprudencia también ha señalado que la función de regulación "usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades."²²

Ahora bien, en ciertas ocasiones la función de regulación socio económica adquiere especial trascendencia, por cuanto mediante ella se normativiza una actividad o un servicio cuyo cumplimiento o prestación involucra la efectividad de derechos fundamentales, como sucede en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. Por ello, en este último campo el legislador ha diseñado diversos órganos de regulación, a los que usualmente ha llamado "comisiones de regulación".

3.2 La creación de órganos de regulación socio económica

En relación con los órganos que adelantan esta función de *regulación* en materias económico sociales, se tiene que unos son de estirpe constitucional y otros de rango legal; éstos últimos tienen origen en las facultades concedidas al legislador por los numerales 7°, 21 y 23 del artículo 150²³ de la Constitución, en armonía con el 211 *ibídem*²⁴. En efecto, debe recordarse que el numeral 7° del artículo 150 superior faculta al Congreso de la República para determinar la estructura de la Administración, lo cual le permite crear entidades administrativas y establecer las características de los órganos creados, tales como su grado de independencia jurídica, administrativa, técnica o financiera, etc. Así mismo, dicho numeral 7° le da al legislador facultades para establecer las funciones que el órgano legalmente creado estará llamado a cumplir y entre ellas bien puede estar la de intervención económica en un determinado sector, mediante la regulación del mismo, como sucede con la prestación de servicios públicos.

En efecto, en relación con la existencia de órganos de regulación socio económica, la Corte ha vertido los siguientes conceptos:

"Así, se puede decir que la Constitución contempla dos grandes tipos de órganos de regulación: primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como "autoridad monetaria, crediticia y cambiaria", y la Comisión

Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de "[l]a dirección de la política que en materia de televisión determine la ley" (art. 77 de la C.P.) entre otras funciones; y, segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como "otras entidades del orden nacional" (artículo 150, numeral 7, C.P.) y "agencias del Estado" (artículo 211 C.P.). Una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en su independencia y, en el caso de los que tienen rango constitucional, la propia Carta les reconoce autonomía, que es diferente y más amplia que la independencia...²⁵ (Negrillas fuera del original)

Así pues, la creación legal de organismos públicos revestidos de funciones reguladoras en asuntos económicos y sociales constituye una forma de intervención estatal en la economía "por mandato de la ley" que encuentra soporte específico en diversas normas constitucionales, principalmente en los ya mencionados numerales 7º, 21 y 23 del artículo 150 superior. Pero adicionalmente, otras disposiciones superiores dan soporte constitucional a la creación legal de este tipo de órganos, fundamentalmente el artículo 334 de la Carta, conforme al cual "*(l) a dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones*". (subraya la Corte).

3.3 La creación de órganos de regulación socio económica en materia de servicios públicos y concretamente del servicio público de salud.

Por su parte, en referencia concreta a la intervención socio económica sobre la actividad prestadora de servicios públicos, el artículo 365 de la Constitución prescribe que este tipo de servicios son inherentes a la finalidad social del Estado, que es deber suyo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, que estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Agrega que en todo caso, "el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios." (destaca la Corte)

Más puntualmente, la intervención económica para regular la prestación del servicio público de salud, y la posibilidad que tiene el legislador de crear organismos públicos revestidos de funciones de *regulación* de dicho servicio público, encuentra fundamento en lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución Política, a cuyas voces "*(c) corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley*." (subraya la Corte)

Por su parte, el artículo 366 de la Carta señala que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado y que "será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable." (Subraya la Corte).

Como puede verse, existe un grupo de disposiciones constitucionales que sirve de soporte suficiente a la creación legal de un organismo de *regulación* del servicio público de salud. Observa la Corte que si bien no se trata de un servicio público domiciliario, cuya regulación mediante organismos administrativos creados *ad hoc* para ello (comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios) encuentra fundamento constitucional específico en lo reglado por el artículo 370 superior²⁶, según lo ha explicado esta Corporación²⁷, en el caso del servicio público de salud debe tenerse en cuenta que la Constitución en su artículo 365 indica con toda claridad que en general, en el caso de todos los servicios públicos, domiciliarios o no domiciliarios, el Estado "*mantendrá la regulación, el control y la vigilancia*". Así pues, en esta disposición superior existe, respecto de todos los servicios públicos, una alusión concreta a la función estatal de *regulación* que, como ha sido entendido por esta Corporación y anteriormente se explicó, es una forma de intervención económica de carácter técnico, sectorial y permanente, desarrollada por organismos independientes de creación constitucional o legal.

3.4 La naturaleza y alcance o contenido de las funciones de regulación

3.4.1 *La naturaleza jurídica de de las funciones de regulación*. Ahora bien, en cuanto la naturaleza jurídica de las funciones de regulación adelantadas por este tipo de organismos de regulación socio económica, debe recordarse que la jurisprudencia ha explicado que no se trata de funciones legislativas ni simplemente administrativas o reglamentarias, como tampoco de la posibilidad de expedir reglamentos autónomos o constitucionales (es decir, de reglamentar la Constitución directamente por vía no legislativa), sino que las funciones de regulación son específicas de intervención socio económica, por lo cual se revisten de un carácter técnico, sectorial y permanente, y que están llamadas a ser ejercidas de conformidad tanto con la Constitución como con la ley y las disposiciones gubernamentales, y en todo caso sujetas a las formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo y a los controles pertinentes de carácter administrativo y judicial.²⁸ En efecto, sobre el particular la Corte ha dicho:

"Ahora bien, se hace necesario que la Corte precise el alcance y las implicaciones jurídicas de la atribución de "regular", toda vez que si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias, o el de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas ni en las políticas del Gobierno, se violaría la Constitución...

"A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales.

"...

"Cabe recordar que el artículo 365 de la Carta Política hace alusión expresa a la función reguladora del Estado respecto de los servicios públicos.

"...

"En todo caso, se estima pertinente dejar en claro que los actos expedidos por las comisiones de regulación -ya sean de carácter general o particular- deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial.

"...

"Es importante señalar que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (Preámbulo, artículos 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370 CP).

"...

"Tampoco resultan ajustadas a la Constitución otras interpretaciones doctrinarias que han venido haciendo carrera en nuestro medio, consistentes en que las resoluciones de las comisiones de regulación "en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica", y que a diferencia de los decretos reglamentarios pueden "llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador", en la medida en que son actos de creación de Derecho.

"Este tipo de interpretaciones es abiertamente opuesto a la Constitución, ya que ellas otorgan a los actos de las comisiones -que la Corte estima subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios- un alcance normativo general de alta jerarquía y le confieren la atribución inconstitucional de "crear Derecho" en forma compartida con el legislador ordinario, o la de desplazarlo, e incluso la de formulación de normas "como atribución constitucional propia". Se ha llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una "legislación secundaria", y ello bajo la desacertada importación de modelos foráneos que no encajan dentro de nuestro sistema jurídico, y que han sido acogidos sin tener en cuenta las muy diversas bases fácticas y jurídicas que han moldeado los diferentes sistemas. También se ha dicho erróneamente que, en virtud de la delegación, las comisiones podrían llegar a derogar leyes y aún a dictar normas "de aplicación preferente frente a ellas", todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución (arts. 113 y 150 C.P.).

"A juicio de la Corte, estas interpretaciones se apartan de los preceptos constitucionales, pues de ninguna forma se puede admitir que órganos administrativos asuman extraordinariamente una función legislativa, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta contempla en cabeza del Presidente de la República. Aceptar aquella posibilidad afectaría gravemente el principio democrático.

"Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.).

"...

"En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación..."²⁹

3.4.2 El alcance y contenido de las funciones de regulación. La Corte también se ha detenido al estudiar el alcance o contenido de las funciones de regulación. Sobre este asunto ha indicado que dicha función admite muchas formas que responden a las particulares y especificidades del sector económico llamado a ser regulado, que determinan diversas manifestaciones de esta actividad estatal. Entre estas manifestaciones se incluyen desde la facultad normativa, es decir la posibilidad de adoptar normas jurídicamente obligatorias para el sector, hasta otras funciones de carácter simplemente divulgativo o informativo, sin carácter jurídicamente vinculante, pasando por facultades de acopio de información, emisión de conceptos, recomendaciones o autorizaciones, resolución de conflictos³⁰, definición de tarifas, protección de derechos, etc. Véase lo que la respecto ha dicho la Corte:

"Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el

debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

"A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.)".³¹

De todo lo anterior se desprende que la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y la asignación a la misma de funciones de *regulación* del servicios publico de salud debe tenerse como un simple ejercicio de la atribución constitucional otorgada al legislador por el numeral 7° del artículo 150 superior, en armonía con los numerales 21 y 23 de la misma disposición y con los artículos 49, 365 y 366 de la Carta, motivo por el cual, en principio, los apartes demandados del artículo 3° de la Ley 1122 de 2007³², no resultan inconstitucionales.

3.5. Inexistencia de vicios de trámite por la supuesta inobservancia de los requisitos a que alude el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional.

3.5.1 La demanda afirma que para la creación de entidades del tipo de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- no basta con que el legislador haga uso de las facultades constitucionales que tiene al respecto, sino que adicionalmente debe observar lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional, que ordena hacer un análisis del impacto fiscal en el caso de la leyes que crean entidades administrativas y ordenan gasto público, cosa que, según dice la demanda, no sucedió en este caso. Adicionalmente, la acusación sostiene que el Congreso de la República debió haber presentado la justificación de la creación de la Comisión de Regulación en Salud y que dentro del trámite legislativo surtido tenía que haberse analizado la compatibilidad de la medida con el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2006, deberes que tampoco fueron cumplidos al aprobarse el artículo 3° de la Ley 1122 de 2007.

Al respecto la Corte encuentra lo siguiente:

3.5.2. Como es sabido, la Constitución distingue entre los conceptos de ley orgánica y ley ordinaria. Aquella es una categoría especial de ley, a la cual deben sujetarse ciertas leyes ordinarias, en razón de la materia que regulan. En efecto, la Constitución Política en su artículo 151 dispone que el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa, y que por medio de ellas "se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales." Estas leyes, en virtud de lo dispuesto por la misma norma superior, requieren para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

Refiriéndose la relación que existe entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que si bien las primeras no son en propiedad de rango constitucional, las segundas deben "sujetarse" a aquellas, so pena de desconocer el artículo 151 constitucional:

"La Corte considera que el artículo 151 de la Carta, al establecer que "el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa", no determina que las normas de naturaleza orgánica adquieran, por ese hecho, rango constitucional. La regla que se deriva de la citada disposición sólo establece que toda norma legal que, por virtud de la Carta Política, deba sujetarse a una específica ley orgánica y no lo haga es inexecutable no porque viole las disposiciones de la ley orgánica sino en razón de que viola el artículo 151 de la Constitución Política. En consecuencia, siempre que una ley ordinaria vulnere normas de naturaleza orgánica, a las cuales, por virtud de la Constitución, deba sujetarse, quebranta el Estatuto Superior."³³

En similar sentido, en la Sentencia C-337/93³⁴ la Corte precisó la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas y su valor normativo de la siguiente manera:

"Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella. Pero, propiamente hablando, la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el Estatuto Fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (art. 151)³⁵."

3.5.3. Ahora bien, el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional, prescribe lo siguiente:

"Artículo 7º. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

"Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

"El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

"Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces".

Por su parte, el artículo 1º de la misma Ley define de la siguiente manera lo que ha de entenderse por "*Marco Fiscal de Mediano Plazo*":

"Artículo 1º. Marco fiscal de mediano plazo. Antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal, el Gobierno Nacional, presentará a las Comisiones Económicas del Senado y de la Cámara de Representantes, un Marco Fiscal de Mediano Plazo, el cual será estudiado y discutido con prioridad durante el primer debate de la Ley Anual de Presupuesto.

Este Marco contendrá, como mínimo:

"a). El Plan Financiero contenido en el artículo 4º de la Ley 38 de 1989, modificado por el inciso 5 del artículo 55 de la Ley 179 de 1994;

"b). Un programa macroeconómico plurianual;

"c). Las metas de superávit primario a que hace referencia el artículo 2º de la presente ley, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad;

"d). Un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior. Este informe debe incluir, en caso de incumplimiento de las metas fijadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo del año anterior, una explicación de cualquier desviación respecto a las metas y las medidas necesarias para corregirlas. Si se ha incumplido la meta de superávit primario del año anterior, el nuevo Marco Fiscal de Mediano Plazo tiene que reflejar un ajuste tal que garantice la sostenibilidad de la deuda pública;

"e). Una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público;

"f). Una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes;

"g). El costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior;

"h). Una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación;

"i). En todo presupuesto se deben incluir indicadores de gestión presupuestal y de resultado de los objetivos, planes y programas desagregados para mayor control del presupuesto."

3.5.4. Visto lo anterior, la Corte se pregunta si el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007, ahora bajo examen, mediante el cual se dispone la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, es una norma legal que "ordene gasto", y en tal virtud si para su adopción era necesario llevar a cabo el análisis de impacto fiscal a que alude el artículo 1º de la Ley 819 de 2007, análisis fiscal que además debía ser compatible con el "*Marco Fiscal de Mediano Plazo*" vigente en ese momento. Al respecto encuentra que la respuesta al anterior interrogante es positiva, puesto que resulta obvio que la creación de la aludida Comisión genera un costo, realidad que es reconocida por la misma Ley 1122 de 2007 que, en su artículo 8º, también demandado dentro de este proceso, dispone que tal entidad se financiará "*con recursos del Fosyga incluyendo la remuneración de los Comisionados, la Secretaría Técnica y los costos de los estudios técnicos necesarios*", en una clara alusión a la manera en la cual se cubrirán los costos o gastos que genere el nuevo órgano de regulación.

3.5.5. Así pues, ciertamente el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007, ahora bajo examen, ordena un gasto; y además lo hace en forma permanente, es decir, no con miras exclusivas al presupuesto de la vigencia fiscal del año 2007, sino indefinidamente en todas las subsiguientes vigencias fiscales. Por lo cual, en principio el Congreso tenía que cumplir con lo preceptuado por el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional. Sin embargo, esta Corporación ha sentado una jurisprudencia que estima que el incumplimiento de los requisitos a que alude esa disposición no acarrea en realidad un vicio de trámite que produzca la inconstitucionalidad formal de la ley así aprobada. En efecto, sobre este particular la Corte ha vertido las siguientes consideraciones:

"32. Como se observa, en sus primeras sentencias sobre la aplicación de las condiciones establecidas en el art. 7 de la Ley 819 de 2003 la Corte determinó que las disposiciones del artículo todavía no eran exigibles al Congreso de la República, por cuanto el Gobierno Nacional todavía no había dictado el marco fiscal de mediano plazo. Ello a pesar de que manifestó que, en principio, la aprobación de los artículos que autorizaban

gasto público en los proyectos objetados por el Presidente debía haberse ceñido a lo dispuesto en el art. 7.

"Posteriormente, en la sentencia C-874 de 2005, la Corte afirmó, con fundamento en el principio de independencia de las ramas del Poder Público, que el incumplimiento del Ministerio de Hacienda de las obligaciones que le impone el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 - en el sentido de conceptuar acerca del impacto fiscal del proyecto y su adecuación con el marco fiscal de mediano plazo - no afecta la validez de un proyecto de ley que ha sido aprobado por el Congreso de la República con el cumplimiento de todas las formalidades.

"Finalmente, en la sentencia C-856 de 2006, la Corte afirmó que los requisitos establecidos en el art. 7 de la ley 819 de 2003 sólo son aplicables para los proyectos de ley que ordenen gasto o que otorguen beneficios tributarios. Con base en esta precisión, definió que la mayoría de las objeciones presentadas a este respecto contra el proyecto de ley del teatro colombiano eran infundadas, puesto que las normas atacadas no constituían mandatos imperativos de gasto para el Gobierno Nacional, sino simples alusiones generales sobre el apoyo que debía dar el Estado a las actividades teatrales, de manera tal que el Gobierno quedaba en libertad para definir el contenido del proyecto de ley de presupuesto.

"33. Ahora bien, en el caso presente la Corte encuentra que desde el año 2004 el Gobierno ha venido presentando el marco fiscal de mediano plazo al Congreso para su estudio y discusión.³⁶ Por esta razón, en esta ocasión no tiene cabida el argumento acerca de que el art. 7 de la Ley 819 de 2003 no es aplicable al proyecto de ley bajo estudio.

"Por otra parte, en este caso no se puede decir que las normas del proyecto que se analiza - y de manera muy especial el artículo 6 - no obligan al Gobierno Nacional a incluir en el Presupuesto General de la Nación los costos estimados para la realización de la elección directa y universal de los Representantes por Colombia ante el Parlamento Andino, en las próximas elecciones para Congreso de la República, es decir en el año 2010. En los términos del Marco Fiscal de Mediano Plazo del año 2006, si el proyecto de ley estatutaria que se analiza se convierte en ley pasaría a ser una "ley con costo fiscal cuantificable", costo que será permanente, pero en el que se incurrirá con una periodicidad de cada cuatro años.

"34. Ahora bien, lo anterior no significa que la Corte acoja la posición expuesta en el concepto del Procurador General de la Nación acerca de que el proyecto de ley bajo examen es inconstitucional por cuanto no cumplió con los trámites exigidos en el art. 7 de la Ley 819 de 2003.

"El art. 7° de la Ley 819 de 2003 exige que en todo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo que ordene gastos u conceda beneficios tributarios se explicita cuál es su impacto fiscal y se establezca su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo que dicta anualmente el Gobierno Nacional. Para el efecto dispone que en las exposiciones de motivos de los proyectos y en cada una de las ponencias para debate se deben incluir expresamente los costos fiscales de los proyectos y la fuente de ingreso adicional para cubrir los mencionados costos. De la misma manera, establece que durante el trámite de los proyectos el Ministerio de Hacienda debe rendir concepto acerca de los costos fiscales que se han estimado para cada uno de los proyectos, así como sobre la fuente de ingresos para cubrirlos y sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

"Evidentemente, las normas contenidas en el art. 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un importante instrumento de racionalización de la actividad legislativa, con el fin de que ella se realice con conocimiento de causa de los costos fiscales que genera cada una de las leyes aprobadas por el Congreso de la República. También permiten que las leyes dictadas estén en armonía con la situación económica del país y con la política económica trazada por las autoridades correspondientes. Ello contribuye ciertamente a generar orden en las finanzas públicas, lo cual repercute favorablemente en la estabilidad macroeconómica del país.

"De la misma manera, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado art. 7° ha de tener una incidencia favorable en la aplicación efectiva de las leyes, ya que la aprobación de las mismas solamente se producirá después de conocerse su impacto fiscal previsible y las posibilidades de financiarlo. Ello indica que la aprobación de las leyes no estará acompañada de la permanente incertidumbre acerca de la posibilidad de cumplirlas o de desarrollar la política pública en ellas plasmada. Con ello, los instrumentos contenidos en el artículo 7 analizado pueden contribuir a la superación de esa tradición existente en el país - de efectos tan deletéreos en el Estado Social de Derecho - que lleva a aprobar leyes sin que se incorporen en el diseño de las mismas los elementos necesarios -administrativos, presupuestales y técnicos- para asegurar su efectiva implementación y para hacer el seguimiento de los obstáculos que dificultan su cabal, oportuno y pleno cumplimiento.

"Así, pues, el mencionado art. 7° de la Ley 819 de 2003 se erige como una importante herramienta tanto para racionalizar el proceso legislativo como para promover la aplicación y el cumplimiento de las leyes, así como la implementación efectiva de las políticas públicas. Pero ello no significa que pueda interpretarse que este artículo constituye una barrera para que el Congreso ejerza su función legislativa o una carga de trámite que recaiga sobre el legislativo exclusivamente.

"35. Ciertamente, dadas las condiciones actuales en que se desempeña el Congreso de la República, admitir que el art. 7° de la Ley 819 de 2003 constituye un requisito de trámite, que crea una carga adicional y exclusiva sobre el Congreso en la formación de los proyectos de ley, significa, en la práctica, cercenar considerablemente la facultad del Congreso para legislar y concederle al Ministerio de Hacienda una especie de poder de veto sobre los proyectos de ley.

"Por una parte, los requisitos contenidos en el artículo presuponen que los congresistas - o las bancadas - tengan los conocimientos y herramientas suficientes para estimar los costos fiscales de una iniciativa legal, para determinar la fuente con la que podrían financiarse y para valorar sus proyectos frente al Marco Fiscal de Mediano Plazo. En la realidad, aceptar que las condiciones establecidas en el art. 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un requisito de trámite que le incumbe cumplir única y exclusivamente al Congreso reduce desproporcionadamente la capacidad de iniciativa legislativa que reside en el Congreso de la República, con lo cual se vulnera el principio de separación de las Ramas del Poder Público, en la medida en que se lesiona seriamente la autonomía del Legislativo.

"Precisamente, los obstáculos casi insuperables que se generarían para la actividad legislativa del Congreso de la República conducirían a concederle una forma de poder de veto al Ministro de Hacienda sobre las iniciativas de ley en el Parlamento. El Ministerio de Hacienda es quien cuenta con los elementos necesarios para poder efectuar estimativos de los costos fiscales, para establecer de dónde pueden surgir los recursos necesarios para asumir los costos de un proyecto y para determinar la compatibilidad de los proyectos con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. A él tendrían que acudir los congresistas o las bancadas que quieren presentar un proyecto de ley que implique gastos. De esta manera, el Ministerio decidiría qué peticiones atiende y el orden de prioridad para hacerlo. Con ello adquiriría el poder de determinar la agenda legislativa, en desmedro de la autonomía del Congreso.

"Pero, además, el Ministerio podría decidir no intervenir en el trámite de un proyecto de ley que genere impacto fiscal o simplemente desatender el trámite de los proyectos. Ello podría conducir a que el proyecto fuera aprobado sin haberse escuchado la posición del Ministerio y sin conocer de manera certera si el proyecto se adecua a las exigencias macroeconómicas establecidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo. En realidad, esta situación ya se presentó en el caso analizado en la Sentencia C-874 de 2005 – atrás reseñada – y el Presidente de la República objetó el proyecto por cuanto el Ministerio de Hacienda no había conceptualizado acerca de la iniciativa legal. Sin embargo, como se recordó, en aquella ocasión la Corte manifestó que la omisión del Ministerio de Hacienda no afectaba la validez del proceso legislativo.

"36. Por todo lo anterior, la Corte considera que los primeros tres incisos del art. 7° de la Ley 819 de 2003 deben entenderse como parámetros de racionalidad de la actividad legislativa, y como una carga que le incumbe inicialmente al Ministerio de Hacienda, una vez que el Congreso ha valorado, con la información y las herramientas que tiene a su alcance, las incidencias fiscales de un determinado proyecto de ley. Esto significa que ellos constituyen instrumentos para mejorar la labor legislativa.

"Es decir, el mencionado artículo debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las leyes que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del Ministro de Hacienda. Y en ese proceso de racionalidad legislativa la carga principal reposa en el Ministerio de Hacienda, que es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto incorporando estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto. Y el Congreso habrá de recibir y valorar el concepto emitido por el Ministerio. No obstante, la carga de demostrar y convencer a los congresistas acerca de la incompatibilidad de cierto proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo recae sobre el Ministro de Hacienda.

"Por otra parte, es preciso reiterar que si el Ministerio de Hacienda no participa en el curso del proyecto durante su formación en el Congreso de la República, mal puede ello significar que el proceso legislativo se encuentra viciado por no haber tenido en cuenta las condiciones establecidas en el art. 7° de la Ley 819 de 2003. Puesto que la carga principal en la presentación de las consecuencias fiscales de los proyectos reside en el Ministerio de Hacienda, la omisión del Ministerio en informar a los congresistas acerca de los problemas que presenta el proyecto no afecta la validez del proceso legislativo ni vicia la ley correspondiente."³⁷

Como puede apreciarse, la Corte ha definido que los requisitos a que alude el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional, se orientan a la racionalización de la actividad legislativa, a fin de que ella se lleve a cabo conociendo las implicaciones fiscales de las iniciativas aprobadas, su viabilidad financiera y su congruencia con la política y los planes económicos adoptados por las autoridades, por lo cual en principio tales requisitos deben ser observados por el Congreso. A éste corresponde valorar, "*con la información y las herramientas que tiene a su alcance, las incidencias fiscales de un determinado proyecto de ley*". Empero, la Corte también ha puesto de presente que la inobservancia u observancia parcial de los mencionados requisitos por parte del órgano legislativo no puede ser estimada como un vicio de trámite, pues ellos no son una carga que grave exclusivamente sobre el Parlamento, sino ante todo una responsabilidad que incumbe al Ministerio de Hacienda; ahora bien, en la medida en que el ejercicio de la función legislativa no puede quedar supeditado al cumplimiento de una responsabilidad que en forma prevalente es de la Rama Ejecutiva, la inobservancia de lo prescrito por el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 mal puede significar que el proceso legislativo se encuentre viciado.

En todo caso, la Corte detecta que en el presente caso el Congreso de la República sí valoró con la información y las herramientas que tenía a su alcance las incidencias fiscales de la iniciativa legislativa, que el Ministerio de Hacienda sí intervino en los debates previos a la aprobación del artículo mediante el cual se creó la mencionada Comisión, y que incluso emitió el concepto a que alude el 7° de la Ley 819 de 2003, según pasa a verse:

3.5.6. El análisis de los costos fiscales de la iniciativa legislativa consistente en la creación de la Comisión de Regulación de Salud CRES, y de la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicha entidad, sí fue abordado por el Congreso de la República

*La Ley 1122 de 2007 fue aprobada por el Congreso de la República y sancionada por el Presidente después del trámite legislativo surtido por el Proyecto de Ley 040 de 2006 Senado - 02 de 2006 Cámara "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones". Proyecto de origen gubernamental, al cual fueron acumulados los siguientes proyectos previamente presentados: 01 de 2006 Cámara, 018 de 2006 Cámara, 084 de 2006 Cámara, 130 de 2006 Cámara, 137 de 2006 Cámara, 140 de 2006 Cámara, 141 de 2006 Cámara, 20 de 2006 Senado, 26 de 2006 Senado, 38 de 2006 Senado, 67 de 2006 Senado, 116 de 2006 Senado, 122 de 2006 Senado, 128 de 2006 Senado, 143 de 2006 Senado y 01 de 2006 Senado- 087 de 2006 Cámara.³⁸

*Ahora bien, la iniciativa de crear la Comisión de Regulación en Salud -CRES- fue planteada inicialmente en el Proyecto de Ley N° 01 de 2006 Cámara, 38 de 2006 Senado, "*Por la cual se crea la Comisión de Regulación de Salud*", de autoría del h. representante Jaime Restrepo Cuartas³⁹,

luego acumulado al mencionado proyecto de Ley 040 de 2006 Senado - 02 de 2006 Cámara, "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

*El proyecto de origen gubernamental -Proyecto de Ley 040 de 2006 Senado - 02 de 2006 Cámara- al cual fueron acumulados los demás proyectos, no preveía la existencia de la Comisión de Regulación en Salud, y por lo tanto tampoco se refería a su forma de financiación⁴⁰. Por esta razón, la exposición de motivos a este proyecto acumulado no contenía un análisis de los costos fiscales que generaría concretamente la creación de la aludida Comisión ni de la fuente de ingresos adicionales que sería necesario generar para el financiamiento de dicho costo específico. Sin embargo, debe destacarse que el objetivo general perseguido por este proyecto de ley era hacer una reforma integral del Sistema de Seguridad Social en Salud que permitiera cumplir la meta de cobertura universal y el mejoramiento en la calidad del servicio, y por lo tanto los estudios financieros presentados en la exposición de motivos se dedicaron principalmente a analizar el costo de esta iniciativa legislativa globalmente considerada y las fuentes de su financiación.⁴¹

*En la exposición de motivos al proyecto de ley N° 01 de 2006 Cámara, 38 de 2006 Senado, "Por la cual se crea la Comisión de Regulación de Salud, luego acumulado la mencionado proyecto de Ley 040 de 2006 Senado - 02 de 2006 Cámara, se hace la justificación de la necesidad de crear dicho organismo, pero no se lleva a cabo un análisis concreto de los costos fiscales que generaría particularmente la creación de la mencionada Comisión ni de la fuente de ingresos adicionales que se generaría para el financiamiento de dicho costo.⁴² Sin embargo, sí se hacen consideraciones generales relativas a la financiación de la iniciativa legislativa íntegramente considerada, de los propósitos perseguidos por la misma y de la necesidad de incluir nuevos órganos administrativos y de vigilancia y control.⁴³

*El primer debate se surtió de manera conjunta en las Comisiones Séptimas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. En el texto del proyecto de ley presentado ante las comisiones conjuntas, publicado en las Gacetas del Congreso números 510 de 3 de noviembre de 2006 y 514 de 7 de noviembre de 2006, se incluye por primera vez la creación de la Comisión de Regulación en Salud, en los siguientes términos:

"Artículo 3°. Comisión de Regulación en Salud. Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, independencia administrativa, técnica y patrimonial; y adscrita al Ministerio de la Protección Social."⁴⁴

En cuanto a la financiación de este nuevo organismo, el artículo 8° del texto del proyecto presentado a las comisiones conjuntas preveía que la Comisión de Regulación en Salud se financiaría con recursos del Fosyga. Ahora bien, en la ponencia para este primer debate conjunto, no se llevó a cabo ningún análisis específico de los costos fiscales que generaría concretamente la creación de la aludida Comisión, ni de la fuente de ingresos adicionales que sería necesario generar concretamente para el financiamiento de dicho costo. No obstante, en dicha ponencia sí se hace un análisis financiero en términos generales, de los recursos con los que se nutriría todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud tras las reformas introducidas por la nueva ley.⁴⁵

Las comisiones séptimas conjuntas de Cámara y Senado aprobaron la creación de la Comisión de Regulación en Salud y su financiación con recurso del Fosyga, en los términos anteriormente comentados.

*El proyecto presentado a segundo debate en ambas cámaras legislativas incluyó también el texto del actual artículo 3° de la Ley 1122 de 2007, en los siguientes términos:

"Artículo 3°. Comisión de Regulación en Salud. Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, independencia administrativa, técnica y patrimonial; y adscrita al Ministerio de la Protección Social"⁴⁶ Así mismo, dicho proyecto preveía en su artículo 8° que la financiación de la Comisión de Regulación en Salud se llevaría a cabo con recursos del Fosyga. Ahora bien, como en la ponencia para primer debate, en la ponencia para el segundo, tanto en la Cámara como en el Senado, no se llevó a cabo un análisis particular de los costos fiscales que generaría concretamente la creación de la aludida Comisión, ni un estudio de la fuente de ingresos adicionales que sería necesario generar específicamente para el financiamiento de dicho costo. Sin embargo, sí se hacen análisis financieros que se refieren de manera general a la forma en que se financiará todo el Sistema de Seguridad Social en Salud después de la reforma introducida por la nueva ley.⁴⁷

*Ahora bien, el proyecto de ley, con el texto de los artículos 3° y 8°, fue aprobado en segundo debate durante los días 5 y 6 de diciembre de 2006 en el Senado de la República y 5 de diciembre del mismo año en la Cámara de Representantes⁴⁸.

3.5.7. Inexistencia de un vicio de trámite en la adopción del artículo 3° de la Ley 1122 de 2003

El estudio anterior muestra que si bien en el presente caso en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite no se hizo un análisis de impacto fiscal concretamente dirigido a estudiar los costos que generaría la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, las fuentes de recursos para atender concretamente este nuevo costo y la compatibilidad de dicho gasto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, lo cierto es que, como se vio arriba, en dichas exposición de motivos y ponencias sí se hizo un estudio de esta naturaleza que englobaba la financiación general de la reforma al Sistema de Seguridad Social en Salud y las fuentes de nuevos recursos que engrosarían el FOSYGA, recursos estos últimos llamados a cubrir los costos de la nueva entidad de regulación.⁴⁹

Además, en la presente ocasión, como pasa a verse, en los debates surtidos durante el trámite parlamentario, sí se hizo referencia al asunto de los costos fiscales que generaría la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. Dichas referencias y reflexiones se produjeron así:

3.5.7.1. Durante el segundo debate surtido en la plenaria de la Cámara de Representantes, se abordó de manera explícita el estudio del impacto fiscal y de las fuentes de financiación que sería necesario generar para cubrir los costos de la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. En efecto, entre lo dicho durante el debate por los honorables representantes en torno a la financiación de la Comisión de Regulación en Salud que se proponían crear, se encuentran, entre otras, estas consideraciones:

"Dirige la Sesión el Presidente, honorable Representante Alfredo Cuello Baute:

"Representante Valencia.

"Intervención del honorable Representante Juan Carlos Valencia Montoya:

Presidente, mi solicitud es en la misma consigna del colega anterior, pedirle al ponente que nos cuente cuál fue el consenso frente a la Comisión de Regulación, porque ahí hay dudas, en principio se habló de cinco miembros, luego se llegó a nueve, hay una proposición, y alguien hablaba de 11, cuánto vale esa Comisión, cuántos son los costos para el Estado, porque si estamos hablando del punto cinco, que vamos a pedir a los patronos para ampliar cobertura, pero de manera adicional, estamos metiendo más carga a la operatividad en este sentido, yo votaría la proposición del colega de Cambio Radical, positivo de eliminar esto, si se amplía a 11 ó 12 cargos, porque eso va en contra del objeto de cobertura para todos los colombianos.

"...

"Dirige la Sesión el Presidente, honorable Representante Alfredo Cuello Baute:

"Señor Viceministro de Hacienda, Ministro Encargado escuchamos para aclarar sobre este punto.

"Intervención del señor Viceministro de Hacienda, doctor Juan Pablo Zárate:

Buenas tardes, muchas gracias a la honorable Cámara de Representantes, este es un proyecto muy importante para el país, y para el Ministerio de Hacienda y es de nuestro máximo interés que todo lo que tiene que ver con financiación sea supremamente claro.

El planteamiento de financiación del Ministerio de Hacienda, de los Ponentes y de las Comisiones fue muy claro en el siguiente sentido: vamos a tener unas metas agresivas de cobertura, para lograr la cobertura a finales del año 2009, esto implica un crecimiento muy importante en los costos de sistemas subsidiados de salud, cómo se van a financiar esos costos, yo creo que el Congreso tiene que recordar que buena parte de estos costos se financian con el Sistema General de participaciones.

El acto legislativo que está haciendo tránsito en el Congreso de la República prevé un crecimiento permanente del Sistema General de participaciones, pero mientras llegamos a un nivel del Sistema General de Participaciones que nos sufrague los costos vamos a necesitar de consumir los recursos que hoy están en el Fosyga.

Por esa razón nosotros no solo necesitamos recursos transitorios, sino necesitamos recursos nuevos permanentes, y está planteado en el proyecto en consenso con los ponentes y las Comisiones, que esos recursos permanentes provengan de medio punto del punto que se estaba pactando para incrementarse en el año 2008.

De acuerdo con esos supuestos, el Ministerio de Hacienda adquirió el compromiso de, en la medida en que el medio punto de cotización para salud sea permanente, de mantener el Sistema General de participaciones como está discutiéndose en el Congreso de la República, de mantener los costos actuales en el caso de salud, el Ministerio de Hacienda adquirió el compromiso de dar los recursos que hiciesen falta para cumplir con esta medida agresiva de cobertura y mantenerla en el tiempo.

Para nosotros es fundamental este medio punto de cotización, ahora, bien, vienen propuestas que señalan otras fuentes posibles de financiamiento en ese contexto dado que esas propuestas no están aprobadas en la Ley Tributaria, yo le propondría, a la honorable Cámara de Representantes, que aprobáramos un artículo dejando flexible hasta medio punto, permanentemente y en la medida en que se consigan los recursos de otras fuentes como ha dicho el Senador Oscar Darío Pérez, del impuesto de timbre, se estaría agotando el tiempo en que este medio punto estaría funcionando.

Esa sería nuestra propuesta y sobre esa base nosotros estaríamos manteniendo nuestro compromiso de dar los recursos que se hiciera falta para mantener y sostener la cobertura, si no pasa esta propuesta, nosotros sí creemos que habría un problema fiscal muy importante y no podríamos mantener ese compromiso, yo creo que esa es la claridad que quería el honorable Representante.

"...

"Dirige la Sesión el Presidente, honorable Representante Alfredo Cuello Baute:

"Representante Cabrera

"Intervención del honorable Representante Angel Custodio Cabrera Báez:

Gracias Presidente. Primero que todo, celebro que el señor Viceministro de Hacienda se haga presente aquí el día de hoy, porque efectivamente el punto crucial de esta reforma de la Ley 100, tiene que ver con su financiación, como lo ordena la Ley 819 en su artículo 7°, todo proyecto de ley que implique gasto tiene que tener el visto bueno del Ministerio de Hacienda.

Y hay otra cosa señor Viceministro de Hacienda, aquí se aprobó el artículo 7° de las funciones de lo que tienen que ver con la Comisión de Regulación en Salud, si uno lee con cuidado esas funciones tiene una cantidad de implicaciones fiscales muy grandes y dentro del articulado no se aprobó algo que traía en la ponencia, en el sentido de que cualquier implicación en el gasto debía tener la aprobación del Ministerio de Hacienda.

Me parece muy delicado que eso no se hubiera aprobado porque el visto bueno de este proyecto de ley está basado en el concepto técnico que dio el Ministerio de Hacienda. Segundo punto, se va a crear una Comisión con el ánimo de analizar cuál es la financiación de lo que tiene que ver con la cobertura universal; pues ustedes como Ministerio dicen esto se basa en lo siguiente: incremento de las cotizaciones para salud, excedentes financieros del Fosyga, transformación del Sistema General de Participaciones y aportes del Presupuesto Nacional, a mí sí me gustaría saber hoy con precisión, cuáles son los aportes del Presupuesto Nacional; porque no está muy claro, entonces en la Comisión que se va a crear vale la pena analizar las propuestas que se han creado el día de hoy, inclusive el tema del impuesto del timbre, a pesar de que en la propuesta de la Reforma Tributaria se habla de empezar a retirarlo a partir del año 2008.

Entonces por eso el tema de la temporalidad es válido y miremos con cuidado el Presupuesto de la Nación para este tema, no lo veo claro acá señor Presidente y señor Ministro de Salud, se habla de un gran aporte por parte del Ministerio de Hacienda pero no dice cuál es, entonces sí vale la pena que se mire si el 0.5% se puede contribuir con el tema del Presupuesto y con el tema de la Reforma Tributaria vale la pena que hay excedentes perfectos, yo soy coordinador ponente de la Reforma Tributaria y le puedo asegurar que los recursos sí los tiene el Ministerio de Hacienda para ese tipo de temas.

Y me preocupa lo que hablaba de las funciones, porque hay unas implicaciones del gasto muy serio de la Comisión Reguladora de Salud y vale la pena que usted se pronuncie sobre eso señor Viceministro, porque ustedes dieron ese concepto basado en como está en la ponencia, pero si eliminaron el párrafo donde tenía el Ministerio de Hacienda ver por eso, o si no aquí esa Comisión se dispara bajando el POS o aumentando el POS u otro tipo de implicaciones que no están dentro del Presupuesto, vale la pena que coordinemos y por eso celebro que usted esté el día de hoy. Gracias Presidente.

"...

"Intervención del señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt: Gracias señor Presidente. Señores Representantes, este es sin ninguna duda uno de los proyectos sobre el cual mayor expectativa existe en el país y lógicamente en esos 7 millones de colombianos que están esperando poder tener algún tipo de decisión en el Congreso de la República, para lograr que a partir del primero de enero del año entrante podamos iniciar la carnetización de 7 millones de colombianos, que a diferencia nuestra y a diferencia de nuestra familia no tienen carné de aseguramiento en salud.

Este es un tema crítico, el tema de financiación es un tema en el cual nos toca buscar alternativas de financiación y les voy a mostrar y les voy a contar señores Representantes el esfuerzo enorme, que el Gobierno Nacional está haciendo para lograr alcanzar la universalización en salud.

Primer tema, a partir del año 2004, en un acuerdo con ustedes por lo menos con la bancada Uribista, este Gobierno decidió que la totalidad de los recursos recaudados en Fosyga se iba a la ampliación de cobertura de régimen subsidiado a diferencia de los que se había hecho en los últimos seis, ocho años que era utilizar los recursos del sistema de salud para poder financiar la tesorería del Gobierno Nacional o parte de la tesorería, ese es un primer esfuerzo.

Segundo esfuerzo, a solicitud de la bancada, el Gobierno se ha comprometido que en el transcurso de los próximos tres años desahorará la totalidad de los recursos que se encuentran incorporados en TES, no acumulados en los últimos tres años, sino acumulados en los últimos ocho o nueve años, ese solo desahorro queridos amigos, estamos hablando de un poco más de 2 billones de pesos que el Gobierno va a invertir, va a desahorrar que están invertidos en TES para poder ampliar la cobertura.

Tercer elemento, importante para poder asegurar la universalización, hemos propuesto que a partir del año 2008 y 2009 se pueda incrementar en un punto adicional las transferencias, con el ánimo de poder asegurar los recursos suficientes para poder universalizar en salud, a partir de ahí del año 2009, ya lo que viene es el mantenimiento de las personas que ya están universalizadas en salud, o que ya están aseguradas en salud.

Fuera de eso hemos planteado y se ha discutido también abiertamente con los ponentes, los mecanismos que permitan facilitar y promover la vinculación de personas de Sisbén tres a una contribución a régimen contributivo como está planteado dentro del proyecto de ley.

Les solicitaría señor Presidente, a los señores Congresistas poder estudiar la siguiente fórmula, previa discusión con el Ministerio de Hacienda y con gran parte de los ponentes.

Primer tema, déjenme recordarles que el incremento de un punto fue la discusión que se tuvo al interior de las Comisiones en un trabajo serio que han venido haciendo los ponentes de absolutamente todos los partidos, después de encontrar que había dificultad, en el incremento de un punto se plantea incrementar 0.5, entonces primera alternativa, si a ustedes les parece, que no diga se incrementará 12.5, sino se incrementará hasta 12.05, hasta 12.5 dependiendo de qué; de la evolución de la economía y de la posibilidad de otras cuentas.

Adicionalmente, si el Congreso de la República ayuda a conseguir fuentes adicionales de financiación, el Gobierno estaría dispuesto a que en el proyecto quedaría hasta el año 2012, pero calculamos y creemos que podría ser suficiente si dejamos: se incrementará la cotización hasta el 12.5 asegurando la universalización con las distintas fuentes de financiación, creo señores Representantes, que con esta alternativa podemos nosotros salir y podemos ofrecerle al país la posibilidad de la universalización que tanto reclaman cada una de las regiones de las cuales ustedes

han recibido el respaldo popular. Gracias señor Presidente.

Excúseme señor Presidente, perdón una cosa, el proyecto de ley de pensiones o la Ley de Pensiones la 797, plantea que el Gobierno podrá, si en los dos años anteriores existe un crecimiento superior al 4%, podrá incrementar hasta un punto y hay dos palabras podrá y hasta un punto, lo que estamos planteando es que el Gobierno Nacional en caso de incrementar este 0.5, no incrementara el punto en pensiones que ya está autorizado en el proyecto de ley, sino que bajamos hasta cero cinco, de modo que la suma de las dos cosas no vaya a estar superior al punto que habían autorizado en el incremento de pensiones, bajamos."⁵⁰

Del análisis de las anteriores intervenciones surtidas durante el segundo debate en la Cámara de Representantes, se deduce que el tema de la financiación de la Comisión de Regulación -CRES-, y de la fuente de recursos correspondiente, tanto en el corto como en el mediano plazo, sí fue un asunto considerado y sopesado por esa Cámara Legislativa, quien para el efecto tuvo oportunidad de consultar la opinión del viceministro de Hacienda, y del Ministro de la Protección Social. Además, a juicio de la Corte, los términos en que se desarrolló el debate ponen de manifiesto que la financiación de la Comisión de Regulación se entendió incluida dentro de los recursos adicionales que alimentarían el Sistema de Seguridad Social en Salud, concretamente el FOSYGA, como efecto del aumento en las cotizaciones. A esta realidad se refiere una de las intervenciones que se acaban de transcribir cuando afirma: "*Presidente, mi solicitud es en la misma consigna del colega anterior, pedirle al ponente que nos cuente cuál fue el consenso frente a la Comisión de Regulación, porque ahí hay dudas, en principio se habló de cinco miembros, luego se llegó a nueve, hay una proposición, y alguien hablaba de 11, cuánto vale esa Comisión, cuántos son los costos para el Estado, porque si estamos hablando del punto cinco, que vamos a pedir a los patronos para ampliar cobertura, pero de manera adicional, estamos metiendo más carga a la operatividad en este sentido, yo votaría la proposición del colega de Cambio Radical, positivo de eliminar esto, si se amplía a 11 ó 12 cargos, porque eso va en contra del objeto de cobertura para todos los colombianos.*"

3.5.7.2. Cosa similar sucedió durante el segundo debate en la plenaria del Senado de la República. En efecto, allí se hicieron, entre otras, las siguientes consideraciones relativas a la financiación de la aludida Comisión:

"El Partido Liberal hizo una propuesta y le agradezco a la bancada mayoritaria que haya acogido esa propuesta, para nosotros era casi un punto de honor y era la creación de la Comisión de Regulación, el Consejo Nacional de Seguridad Social, que es quien ha venido fijando esas políticas de la salud en el país, hemos visto cómo es que ha venido fijando esas políticas y las va fijando dependiendo a los intereses de los que ellas lo representan o los que representan ese Consejo Nacional de Seguridad Social, son los por o menos 18 miembros cada quien defendiendo sus propios intereses, los representantes de las EPS defienden lo propio, las IPS, las ARP los delegados o el delegado de la asociación de clínicas privadas, los delegados de los hospitales públicos, allí lo que hemos visto el Consejo Nacional de Seguridad Social, es una defensa del cúmulo de intereses de que tiene cada organización y hemos visto que ello no ha dado un buen resultado.

"En esta ley, ya no es el Consejo de Seguridad Social el que fija las políticas en el campo de la salud, será la Comisión de Regulación y ellos pasarán a ser un organismo asesor, o sea, que tenemos que afirmar que no desaparece totalmente; sus funciones le son trasladadas a esa Comisión de Regulación; esa comisión tendrá cinco miembros, el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o en su defecto la Oficina de Planeación Nacional y tres personas que tengan un origen de las universidades del país en respectivos temas, para que sean tres personas técnicas al lado del Gobierno que repito es el que tiene la responsabilidad de la salud, para que fijen esas políticas, para que apliquen correctivos, y yo creo que eso hará que la tarea que se cumpla sea mucho más positiva.

"Hablamos de los requisitos de los comisionados, hablamos de una Secretaría Técnica, hablamos de la financiación de la Comisión de Regulación que ahí señor Ministro le quiere hacer unos comentarios el Senador Alvaro Ashton, tendremos que hablar ahí del manejo de los recursos, y por supuesto el traslado de funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social a la Comisión de Regulación, nosotros vemos como algo muy positivo ese número de artículos que va del 3° al 10..."⁵¹

3.5.7.3. Adicionalmente, como pasa a verse, el día 4 de diciembre de 2006, antes de la aprobación del proyecto de Ley por las plenarias de ambas Corporaciones⁵², el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió el concepto a que alude el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, Orgánica del Presupuesto Nacional. Recuérdese que conforme a dicho artículo, "*El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República*"⁵³, debe emitir el concepto relativo a los costos fiscales de la iniciativa legislativa que ordena gasto, a la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo, y su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. En esta oportunidad, dicho concepto decía así:

"Honorables Congresistas:

"De manera atenta les informo que el proyecto de ley, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, según el texto de ponencia para segundo debate publicado en la Gaceta del Congreso número 563 del 23 de noviembre de 2006, es compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2006.

"El artículo 13 del proyecto prevé las fuentes de ingresos adicionales para financiar los gastos requeridos para lograr la cobertura universal en salud en el año 2009 y su sostenibilidad futura, según el esquema de financiamiento propuesto por este Ministerio mediante comunicado del 8 de noviembre de 2006, que parte de la base que las condiciones actualmente vigentes (UPC-Plan de Beneficios) del Sistema de Seguridad Social en Salud se mantienen, con las modificaciones que se proponen en esta en cuanto al incremento en el subsidio parcial, pues en primer lugar se privilegia el aumento de la cobertura en población.

"El proyecto de ley también define las fuentes para financiar los otros gastos que genera, tales como los derivados por la creación de la Comisión de Regulación en Salud, CRES (artículo 3°) y su Secretaría Técnica (artículo 6°), que serán financiados con recursos del Fondo de

Solidaridad y Garantía, Fosyga, sobre lo cual proponemos que se excluyan los recursos de la Subcuenta de Solidaridad.

"En estos términos, ello que se refiere a estos artículos, tanto los de financiamiento del Régimen Subsidiado como los de creación de la Comisión de Regulación en Salud y su Secretaría Técnica, se ajustan a las condiciones previstas por el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 y es consistente con los escenarios y metas fiscales definidas para el Gobierno Nacional Central y para el sector público consolidado no financiero, en el mediano plazo.

"Cordial saludo,

"La Viceministra General encargada de las funciones del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Gloria Inés Cortés Arango."⁵⁴

A juicio de la Corte, el anterior concepto permitía a los congresistas dar su voto a favor de la creación de la Comisión de Regulación en Salud con conocimiento de que Ministerio de Hacienda sí había estudiado el impacto fiscal en el gasto público que esa iniciativa legislativa comportaba, así como la posibilidad de financiarla con recursos provenientes del Fosyga, según se establecía en el mismo proyecto de ley; y que tanto dicho gasto público como su fuente de financiación eran congruentes con el *Marco Fiscal de Mediano Plazo* que el Gobierno había presentado ante las comisiones económicas de cada una de las cámaras en el mes de junio anterior.

De esta manera, entiende esta Corporación judicial que con este concepto ministerial se cumplió el objetivo perseguido por el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, es decir, la iniciativa legislativa que ordenaba un gasto por la creación de la CRES no fue votada de manera inconulta y sin sopesar su impacto fiscal ni determinar la fuente de ingresos correspondiente y su conformidad con el *Marco Fiscal de Mediano Plazo*.

Así pues, es claro que inicialmente el Congreso de la República, con la información y las herramientas que tenía a su alcance, valoró las incidencias fiscales del proyecto de ley que tramitaba, incluyendo la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. Lo hizo (i) cuando en la exposición de motivos al proyecto acumulado y en las ponencias de trámite analizó de manera global el impacto fiscal general de la ley que se proponía aprobar; y (ii) posteriormente, durante los debates parlamentarios, cuando se refirió concretamente a los costos que generaría la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, que entendió que se cubrirían con cargo al FOSYGA, fondo que a su vez se vería incrementado por el aumento en las cotizaciones que sería decretado. Y finalmente, también es claro que durante el trámite legislativo el Ministerio de Hacienda intervino sin refutar dichas valoraciones, y que posteriormente emitió un concepto certificando que el proyecto de ley definía las fuentes para financiar los gastos que generaría específicamente la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y su Secretaría Técnica, gastos que serían financiados con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por lo cual el artículo 3° se ajustaba tanto a los requerimientos del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, como al Marco Fiscal e Mediano Plazo. Por lo cual, aún si se estimara que alguna irregularidad de trámite hubiera podido llegar a configurarse, relativa a los requisitos a que alude el artículo 7° de la ley orgánica mencionada, la misma debe entenderse convalidada por la emisión del concepto Ministerial.

Así pues, visto en primer lugar que la inobservancia por parte del Congreso de los requisitos a que alude el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 no constituye una causal de inconstitucionalidad formal de una norma legal que ordene gasto, y estudiado de otro lado que en el presente caso el Congreso de la República durante los debates parlamentarios sí abordó, con participación del Ministerio de Hacienda, el estudio de las incidencias fiscales del artículo 3° de la Ley 1122 de 2007 que crea la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y que además dicho Ministerio durante el trámite legislativo emitió concepto relativo al impacto fiscal, las fuentes de financiación del nuevo gasto y la compatibilidad del mismo con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, se despachará como improcedente el cargo de inconstitucionalidad esgrimido en contra de dicha norma por violación del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, como al Marco Fiscal e Mediano Plazo.

Adicionalmente, el examen de los antecedentes legislativos del artículo 3° de la Ley 1122 de 2007, entre ellos los apartes del debate que parcialmente retranscribieron arriba, demuestra fehacientemente que el Congreso no aprobó la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- sin haber hecho primero una reflexión sobre la justificación de su existencia, y de la necesidad de dicho organismo de regulación, pese a la permanencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

4. Examen de constitucionalidad del artículo 7° numeral 7° de la Ley 1122 de 2007

4.1 En numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, se recuerda, reza así:

"Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

"...

"7. Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada."

4.2. En relación con la anterior disposición, como se desprende de la demanda, las intervenciones y el concepto del señor procurador, existen diversas interpretaciones. En efecto, la demanda dice que ella reproduce otra norma declarada inexecutable mediante la Sentencia C-137 de 2007⁵⁵; en efecto, a juicio de la actora, tanto el artículo 42 de la Ley 812 de 2003, declarado inexecutable mediante la referida sentencia, como el numeral 7° del artículo 7 de la Ley 1122 de 2007, ahora acusado, se identifican por su contenido material en cuanto (i) ambos permiten al ejecutivo regular un sistema tarifario para la prestación de servicios de salud, (ii) sin que en ninguna de las dos disposiciones se señalara ni el sistema ni el método para la fijación por la administración de las tarifas de las tasas por la prestación de dicho servicio público, (iii) como

tampoco los fines y alcances de esta forma de intervención económica.

Esta interpretación de la norma es compartida por algunos de los intervinientes y por el señor Procurador, para quien las razones para declarar la inexecutable del artículo 42 de la Ley 812 de 2003 resultan extensibles al numeral 7º del artículo 7º de la Ley 1122.

De otro lado, aparece la interpretación de la disposición que exponen los ministerios intervinientes, para quienes el numeral 7º del artículo 7º de la Ley 1122 de 2007 tiene un contenido específico que no se identifica con el alcance normativo de la disposición declarada inexecutable mediante la citada Sentencia C-137 de 2007. En efecto, destacan que la disposición ahora acusada no se refiere a tarifas de tasas por la prestación del servicio público de salud, sino a tarifas o precios de servicios que se inscriben en una relación de mercado, transaccional o negocial, ajena a la materia impositiva.

Así las cosas, debe la Corte (i) desentrañar cuál es verdadero sentido de la disposición, (ii) establecer si este sentido resulta conforme con la Constitución, y (iii), dilucidar si la norma admite ser leída de alguna manera que desconozca los postulados de la carta. En este último caso, debe expulsar del ordenamiento tal exégesis inconstitucional.

Ciertamente, la Corte ha explicado que *"a veces los textos legales admiten interpretaciones distintas, y algunas de ellas pueden ser contrarias a la Constitución. Una primera vía por medio de la cual esta Corte se ve obligada a controlar -en forma indirecta- la constitucionalidad de ciertas interpretaciones es entonces cuando uno de esos textos es demandado por un ciudadano, puesto que no puede el juez constitucional expulsarlo del ordenamiento, por cuanto el artículo acusado admite ciertas interpretaciones constitucionales, pero tampoco puede la Corte declararlo executable en forma pura y simple, por cuanto estaría legitimando ciertos entendimientos del mismo contrarios a la Carta. En esos eventos, la única alternativa es recurrir a una sentencia interpretativa o condicionada, y declarar executable el texto legal, pero expulsando del ordenamiento el entendimiento de ese texto que resulta contrario a la Carta."*⁵⁶

Pasa la Corte a hacer el ejercicio anterior.

4.3 En la Sentencia C-137 de 2007⁵⁷, esta Corporación estudió la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, *"por la cual se aprueba el plan nacional de desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"*. Dicha norma era del siguiente tenor:

"ART. 42.- Sistemas tarifarios. El Gobierno Nacional -Ministerio de Protección Social- establecerá un sistema de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud."

En la mencionada Sentencia, tras señalar que la intervención en la economía corresponde al legislador, quien debe también definir en lo esencial el ámbito y los fines de la misma, la Corte recordó que, en materia de servicios públicos, y concretamente del servicio público de salud, la intensidad en la intervención económica podía ser mayor.

Refiriéndose luego a la gratuidad en la prestación del servicio de salud, la providencia sostuvo que *"la prestación mínima del servicio público de salud se convierte en un derecho fundamental esencial para el ser humano. Esta prestación mínima o básica es la que permite garantizarle su propia existencia. Es por lo anterior, que los derechos en su mínima prestación se convierten en fundamentales."* Agregó que por ello al artículo 49 superior indicaba que la ley señalaría *"los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria"*, de donde se extraía que *"al interior de la prestación del servicio público de salud, no todo puede ser tarifado, en aras de cumplir con el postulado de gratuidad del artículo referido."*

Recordó más adelante la Corte que la prestación de la salud es un servicio público a cargo del Estado, prestación que podía llegar a ser retribuida, retribución a la que se conocía con el nombre de *tasa*.⁵⁸ *Sobre el particular agregó lo siguiente:*

"El monto de dicha tasa como tiene como fin esencial recuperar en algo - igual o inferior - los costos que el Estado invierte en la prestación del servicio público, como es el caso de la salud. Es decir, el monto no es cosa diferente que la *tarifa* de la tasa por la prestación del servicio público. El concepto de tarifa, según el diccionario de la Real Academia Española⁵⁹, responde al precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo. Sin embargo, el concepto de tarifa es más amplio, y no sólo está circunscrito a aquel que se establece para una tasa o un impuesto. En otras palabras, pueden existir tarifas por fuera del sistema tributario del Estado."

Destacó enseguida la Sentencia que la disposición acusada pretendía regular los sistemas tarifarios para la prestación de servicios de salud, pero que ni en su mismo texto ni en el resto de la Ley en que estaba insertada se expresaban a) sus fines y alcances, y b) los límites a la libertad económica, requisitos estos exigidos por el artículo 150 numeral 21 Constitucional. Agregó que los requisitos mencionados debían *"ser expresados a través de una ley del Congreso de la República y no por la rama ejecutiva así sea el ejecutivo nacional, situación que se presenta en la disposición acusada."*

Además de lo anterior, la Corte sostuvo que la norma acusada buscaba establecer un sistema de tarifas para el sistema público de salud pero que, ni en el texto mismo de la disposición, ni la Ley que la contenía, se fijaban el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, ni la manera de hacer el reparto. En cambio, se señalaba que *"el Gobierno Nacional - Ministerio de Protección Social - establecerá un sistema tarifario para la prestación de dicho servicio."*

Visto lo anterior, la Corte concluyó que la disposición acusada era inexecutable, decisión que sustentó en los siguientes argumentos adicionales:

"7. Así entonces, la disposición demandada es contraria a la Constitución por cuanto exige siempre una tarifa mínima para la prestación del servicio de salud, por consiguiente nunca puede ser la prestación del servicio de salud gratuita; lo que contradice abiertamente el artículo 49

inciso 4 Constitucional que obliga al legislador a señalar una atención básica gratuita o sea sin tarifas mínimas. En efecto, con la exigencia de una tarifa se estaría contradiciendo la gratuidad del servicio de salud.

"8. Además, el contenido normativo de la disposición acusada es impreciso e indefinido. Dicha indeterminación proviene de los siguientes aspectos:

"8.1. El sistema tarifario a que hace alusión la norma demandada no señala el *sujeto de la obligación*. En consecuencia, *no se indica quien debe pagar dicha tarifa*.

2. El sistema tarifario mencionado *no precisa a cuales tarifas hace referencia (pagos a IPS, copagos, cuotas moderadoras, etc)*.

3. El sistema tarifario anotado *no fija parámetros objetivos, ni siquiera para el mínimo y mucho menos para el máximo, del señalamiento de la tarifa*.

"En conclusión, encuentra esta Corte en *primer lugar*, que el hecho de que la disposición acusada establezca como presupuesto una tarifa mínima en la prestación del servicio público de salud contradice el artículo 49 constitucional que determina como principio la obligación al legislador para señalar una atención básica gratuita de dicho servicio público, es decir sin el presupuesto de una tarifa mínima

"En *segundo lugar*, la norma acusada es contraria a la Constitución por la falta de definición en los sujetos sobre los cuales recae la obligación, en la determinación y especificidad de la tarifa y en la falta de señalamientos de parámetros objetivos para establecer los mínimos y máximos del monto de la tarifa.

"No cabe dudas que el señalamiento de un sistema tarifario para la prestación del servicio de salud, es una determinación, en un servicio público como lo es la salud, que requiere para ello de la intervención económica del Estado, de manera *intensa* por las connotaciones constitucionales que tiene el servicio de salud y de manera *especial* por cuanto constitucionalmente busca *asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos y promover la productividad y competitividad entre los sujetos que prestan el servicio público de salud*."

En cualquier caso la Sentencia aclaró que *"una forma ajustada a la Constitución de intervención, en lo que se refiere a un servicio público puede ser establecer los mínimos, los máximos o ambos, de las tarifas por la prestación de dicho servicio. No obstante, debido a la intensidad y especialidad de la intervención económica en el servicio público de salud, ésta debe efectuarse a través de una ley."*

Con fundamento en lo anterior, la Corte declaró inexecutable el artículo 42 de la ley 812 de 2003, *"por ser violatorio de la reserva legal de que trata el artículo 150 numeral 21 de la Constitución, por ser y por vulnerar el principio de gratuidad establecido en el inciso cuarto del artículo 49 Constitucional."*

4.4 En la presente oportunidad, la norma que examina la Corte (Numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 1007), señala que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- tendrá la función de *"(e)establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales."* Pasa la Corte a estudiar si es posible entender que esta disposición es igual o muy similar a la que fue declarada inexecutable por esta Corporación, de manera que también deba ser considerada inconstitucional, o si en ella el legislador introdujo elementos nuevos que impliquen una decisión diferente.

Del tenor literal de la disposición ahora acusada se deduce que en ella el legislador ha dispuesto que un organismo de intervención socio económica especialmente creado para ello -la CRES- haga lo siguiente: (i) establezca y actualice un *"sistema de tarifas"* (nótese que aquí no se trata de un sistema de tarifas *mínimas*, sino tan solo un *"sistema de tarifas"*); (ii) establezca y actualice anualmente un componente de dicho *sistema de tarifas* llamado *"manual de tarifas mínimas"* (nótese que dentro del sistema general de tarifas habrá un sistema de tarifas *mínimas*); (iii) establezca y actualice anualmente un elemento de dicho *"manual de tarifas mínimas"*, llamado *"los honorarios profesionales."*

En contraste con esta disposición, el artículo 42 de la Ley 812 de 2003, que fue examinado por la Corte en la Sentencia C- 137 de 2007, indicaba esto: *"(e)l Gobierno Nacional -Ministerio de Protección Social- establecerá un sistema de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud."* Como puede apreciarse, en esta disposición el legislador (i) radicó en cabeza del Gobierno Nacional, y no de un organismo de regulación económica como lo hace la nueva disposición, la función de fijar *"un sistema de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud"*; (ii) se refirió en general a la existencia de un sistema de tarifas mínimas para toda *"prestación de servicios de salud"*, y no a un sistema de tarifas dentro del cual existiría un componente denominado manual de tarifas mínimas, como lo hace la norma ahora demandada.

4.4.1 Vistas las anteriores diferencias, la Corte descarta, en primer lugar, la presencia del fenómeno de la cosa juzgada material. Ciertamente, esta Corporación ha vertido una jurisprudencia conforme a la cual la *"cosa juzgada material"* se presenta cuando después de proferido un fallo de constitucionalidad respecto de una norma determinada, la Corte debe estudiar otra disposición distinta que sea: (a) idéntica en su tenor a aquella sobre la cual recayó el pronunciamiento anterior, o (b) no literalmente idéntica, pero con un contenido normativo igual al de la otra norma examinada. En estos dos casos, por cuanto el asunto objeto de juicio ya ha sido decidido anteriormente, la Corte debe proferir un fallo inhibitorio, por carencia de objeto de la decisión. En la presente ocasión, dado que ninguna de las dos hipótesis anteriores se presenta, pues la norma ahora acusada no es de igual tenor literal ni de igual contenido normativo a la estudiada antes, debe la Corporación producir un fallo de fondo.

4.4.2 En segundo lugar, la Corte observa que el artículo 42 de la Ley 812 de 2003, examinado por la Corte en la Sentencia C- 137 de 2007, fue estimado contrario a la Constitución por las razones que en seguida se recuerdan, que no están presentes en relación con la nueva norma ahora

bajo examen, como también se verá a continuación. Estas razones fueron las siguientes:

4.4.2.1 *Primera razón:* La primera razón por la cual el artículo 42 de la Ley 812 de 2003 fue considerado inconstitucional consistió en decir que esta norma exigía siempre una tarifa mínima para la prestación del servicio de salud, y por consiguiente nunca dicha prestación podría llegar a ser gratuita, lo que se consideró abiertamente contradictorio del inciso 4° del artículo 49 de la Carta, que obliga al legislador a señalar una atención básica gratuita, esto es, sin previsión de tarifas mínimas. Es decir, la Corte consideró que con la permanente exigencia de una tarifa mínima, se estaba contradiciendo la gratuidad de la atención básica del servicio de salud.

Ahora bien, al revisar el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, se observa, como se dijo, que en él se ordena a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- establecer un "sistema de tarifas" que contendrá un componente llamado "manual de tarifas mínimas". Así pues, puede concluirse que no todas las tarifas contenidas en el "sistema de tarifas" tienen que ser tarifas "mínimas". Bien puede haberlas de otra naturaleza, como "máximas" o "libres", o puede no haber tarifa, etc., por lo cual no puede decirse, como si sucedía en el caso del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 exija siempre una tarifa mínima, y por lo tanto vulnera el principio de gratuidad de la atención básica en salud a que se refiere el inciso 4° del artículo 49 de la Carta⁶⁰, como sucedía anteriormente.

En cualquier caso, en esta oportunidad la Corte llama la atención en lo relativo a qué cosa debe entenderse por "atención básica" en el servicio de salud; atención básica que, según las voces del artículo 49 de la Carta, es la que debe prestarse en condiciones de gratuidad. Al respecto recuerda que sobre este particular el artículo 165 de la Ley 100 de 1993 define la *atención básica* de la siguiente manera que, en términos prácticos, coincide con el concepto de *salud pública*:

"ARTICULO 165. Atención Básica. El Ministerio de Salud definirá un plan de atención básica que complemente las acciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud de esta Ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan estará constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria.

"La prestación del plan de atención básica será gratuita y obligatoria. La financiación de este plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales."⁶¹ (Negrillas fuera del original)

Así las cosas, en cuanto la nueva disposición no exige que para todo tipo de tarifas se fijen toques mínimos, no irrespeta el principio de gratuidad de los servicios básicos de salud a que alude el mencionado artículo 49 superior, en armonía con el artículo 165 de la Ley 100 de 1993, pues no impone que en este campo no se establezcan ese tipo de toques.

Además, debe recordarse que en la Sentencia C- 137 de 2007 no se dijo que el establecimiento de una sistema tarifario fuera *per se* inconstitucional; antes bien, la existencia de tal categoría de intervención económica en el servicio público de salud, e incluso la fijación de tarifas mínimas, fue estimada como constitucionalmente justificada y en tal sentido se indicó que "*una forma ajustada a la Constitución de intervención, en lo que se refiere a un servicio público puede ser establecer los mínimos, los máximos o ambos, de las tarifas por la prestación de dicho servicio.*"

4.4.2.2 *Segunda razón.* La segunda razón por la cual el artículo 42 de la Ley 812 de 2003 fue considerado inconstitucional consistió en decir que ni en ella ni en ninguna otra disposición de esa misma Ley se definían los fines y alcances de la medida de intervención económica dispuesta (fijación de un sistema de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud), ni los límites a la libertad económica que se introducían con esta medida, requisitos estos que, en virtud de lo reglado por el artículo 150 numeral 21 de la Constitución, debían "*ser expresados a través de una ley del Congreso de la República y no por la rama ejecutiva....*".

Al respecto, en el presente caso, la Corte observa que dentro del texto del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 no se hace una alusión explícita a los fines ni a los límites de la intervención económica que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- está llamada a cumplir cuando ejerza su función de "*(e)stabelecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas.*" No obstante, la exégesis sistemática e histórica de la disposición permiten al interprete, en este caso a la Corte, encontrar claras indicaciones legislativas respecto de tales fines y límites, según pasa a explicarse:

4.4.2.2.1. *Interpretación sistemática del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007:*

a. Si se atiende a la interpretación sistemática o contextual del numeral 7° acusado, se tiene que dentro del mismo artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, del cual forma parte este numeral, está el Parágrafo 3° que reza así:

"Parágrafo 3°. Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo".

A juicio de la Corte, este parágrafo señala pautas y límites a las actuaciones de la Comisión, cuando en ejercicio de sus funciones adopte decisiones relativas al sistema de tarifas del sector salud; en efecto, esta disposición indica que tratándose de tarifas de servicios prestados en el sistema contributivo de seguridad social en salud, ellas deberán "*consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo*". A su vez, agrega que las decisiones relativas al régimen subsidiado, "*en cualquier*

caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo". Indicación esta que a pesar de su brevedad textual, tiene hondas implicaciones en lo relativo a los análisis técnico financieros que deben soportar las decisiones de la Comisión. Ciertamente, el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud depende de diversas variables tales como los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, el número proyectado de afiliados cotizantes y beneficiarios en el Sistema contributivo y de afiliados y beneficiarios en el Régimen subsidiado, el costo de los honorarios profesionales y no profesionales, los costos de los insumos, los costos administrativos y operativos de las diversas entidades involucradas en el Sistema, etc. Así pues, las indicaciones de este párrafo exigen a la Comisión examinar las implicaciones de todas las variables que inciden en el complejo asunto del equilibrio financiero del Sistema, su sostenibilidad en el largo y mediano plazo y su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, nociones todas estas determinadas por proyecciones económicas que obran a la vez como límites y como pautas impuestas a la aludida Comisión.

Además, el párrafo delimita el campo en el cual se ejercerán las funciones de la Comisión, incluyendo sus facultades en materia tarifaria, pues habla de funciones "*referidas al régimen contributivo*" y de funciones "*referidas al régimen subsidiado*". No a otras más. Es decir, bien cabe concluir que las funciones de la aludida Comisión en materia tarifaria sólo se ejercerán para regular tarifas aplicables en estos dos regímenes. No para cualquier "prestación de servicios de salud", que se lleve a cabo en desarrollo de contratos de medicina prepagada, de regímenes excepcionales, de contratos de seguros, etc.

b. También llevando a cabo una interpretación sistemática de la disposición bajo estudio, se encuentra que el numeral 5° del mismo artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 dice lo siguiente:

"Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

"...

"5. Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993"

Véase cómo la función de la Comisión de "*establecer los pagos moderadores*" es distinta a la de establecer y actualizar un sistema de tarifas que contenga un manual de tarifas mínimas e incluya los honorarios profesionales. En efecto, a la función de determinar los pagos moderadores se refiere el numeral 5° que se acaba de transcribir (no demandado) y a la función de establecer el sistema de tarifas se dedica en numeral 7° (acusado). Se trata pues de dos funciones distintas, de donde se deduce que dentro del sistema de tarifas que debe establecer la Comisión, no se incluyen los pagos moderadores.

En este punto debe la Corte recordar que de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993⁶², los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos moderadores, es decir, pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (copagos). Estos pagos, para los afiliados cotizantes, se aplican con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema y, para los demás beneficiarios, se aplican para complementar la financiación del plan obligatorio de salud. No obstante, al respecto el mismo artículo 187 de la Ley 100 de 1993 señala que "*(e)n ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres*". Ahora bien, según la reglamentación legal en comento, los recursos obtenidos por ese concepto son de las entidades promotoras de salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud puede destinar parte de ellos a la subcuenta de promoción de la salud del Fondo de Solidaridad y Garantía.⁶³

Concretamente, la cuota de recuperación o copago, es la contribución que se exige a los beneficiarios del Régimen Subsidiado en Salud, como contraprestación por la atención en salud que reciben, que es establecida de acuerdo al nivel de clasificación en el SISBEN en la que se encuentren, esto es, 5%, 10% y 30%, según los niveles 1, 2 y 3, respectivamente, dispuestos en el artículo 11 del Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS).

Por su parte, las cuotas moderadoras se aplican en el régimen contributivo y son las que "*tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS*". (Acuerdo No. 030 de 1.995, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social.)⁶⁴ Dentro de las cuotas moderadoras se incluyen aquellos pagos a que alude el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, según el cual en el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados, pero el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización, que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al Sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario.

Obsérvese con particular atención cómo la definición del valor de las cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o copagos no equivale a la función de establecer un sistema de tarifas que comprenda un manual de tarifas mínimas e incluya los honorarios profesionales. Pues a aquella función se refiere el numeral 5° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, mientras que a ésta se refiere en numeral 7°, que es el que ha sido acusado de inconstitucional en esta oportunidad.

c. Continuando con esta exégesis sistemática de la norma, se observa que en el mismo artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, del cual forma parte el numeral 7° ahora bajo examen, se encuentran también los numerales 3° y 4° de esa disposición, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

"...

"3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

"4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio."

Véase como la definición de estos valores, que es asignada a la Comisión por los numerales 3° y 4° trascritos, no se identifica con la función de establecer un sistema tarifario, función esta última que es asignada a la Comisión por el numeral 7° ahora bajo examen. Así pues, la definición del valor de la Unidad de Pago por Capitación y de los subsidios parciales en salud tampoco corresponde a la función de establecer el sistema tarifario a que alude el numeral 7° acusado.

d. Así las cosas, la interpretación sistemática del numeral 7° permite entender el alcance de la disposición y los fines y límites de la intervención económica que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- está llamada a cumplir cuando ejerza su función de "establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas, incluyendo los honorarios profesionales ." En efecto, dado que como se acaba de ver, la función a que alude el numeral 7° no consiste en fijar pagos moderadores, es decir, los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (copagos) que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están llamados a cubrir, como tampoco en fijar el valor de la Unidad de Pago por Capitación y de los subsidios parciales en salud, por exclusión debe entenderse que las tarifas a que alude la disposición *sub examine* son (i) las correspondientes a los servicios que prestan las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) u otras entidades prestadoras de servicios de salud como las Empresas Sociales del Estado (ESE), y (ii) las correspondientes a los servicios prestados por profesionales de la salud (a la definición por la Comisión de estos honorarios profesionales mínimos se refiere expresamente el numeral 7° bajo examen), únicamente dentro del contexto del régimen contributivo o del régimen subsidiado de salud.

4.4.2.2. Interpretación histórica del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007:

De otro lado, la interpretación histórica de la disposición también permite entender cuáles fueron los fines y límites de la función de intervención socio económica radicada por el legislador en cabeza de la Comisión. En efecto, la investigación en los antecedente legislativos de la adopción de la Ley bajo examen muestra que se propuso el legislador a asignar a la Comisión de Regulación en Salud la función a que alude el numeral 7° del artículo 7°, como pasa a verse:

a. Concretamente, en lo que tiene que ver con la posibilidad de adoptar un sistema de tarifas para el Sector Salud y dentro de él un manual de tarifas mínimas, en la Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 040 de 2006 Senado, 02 de 2006 Cámara, que aparece publicada en la Gaceta del Congreso N° 510 del tres de noviembre de 2006, se señaló lo siguiente con respecto a los fines y límites de la intervención que el legislador se propone adelantar en materia socio económica con la expedición de la nueva ley, hoy Ley 1122 de 2007, y específicamente con la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y el ejercicio de esa función en materia tarifaria:

"A continuación nos permitimos reseñar y resumir los proyectos de ley que han sido acumulados

"...

"5. PL 38 de 2006, Senado, "Por la cual se crea la comisión de regulación de salud", autoría del honorable Representante Jaime Restrepo Cuartas, sugiere la creación de la Comisión de Regulación en Salud y modificar las competencias del CNSSS, con el fin de racionalizar la intervención del Estado en el sector salud.

"...

"Hay varias iniciativas preocupadas por regular la integración vertical de las EPS y la presencia de un fenómeno que se denomina posición dominante, lo cual ha provocado un manejo especulativo, que produce fabulosos negocios y ganancias para sus negociantes, que se apropian ilegítimamente de recursos públicos destinados a la salud.

"...

"Esta propuesta se caracteriza fundamentalmente por:

"•Un logro supremo a obtener es la plena universalización y equidad del sistema de salud.

...

"•No se permite la integración vertical, ni las posiciones dominantes.

"...

"•Se dispone que se expida un manual de control y estandarización de tarifas para: Redes, ESE, e IPS.

"•Se establece un porcentaje fijo de administración para las EAS del régimen contributivo y solidario.

"•Se dispone la regulación del salario mínimo profesional y ocupacional de los servidores del sector de la salud.

"...

Nótese como la ponencia explica que la propuesta legislativa persigue como "*logro supremo*" la plena universalización y equidad del sistema de seguridad social en salud de salud. Que además pretende abolir lo que se ha llamado la "*integración vertical*" y el abuso de la posición dominante.⁶⁵ Que para esos propósitos y no para otros, dispone "*que se expida un manual de control y estandarización de tarifas para: Redes, ESE, e IPS*". Que también para esos propósitos dispone que debe establecerse "*un porcentaje fijo de administración para las EAS del régimen contributivo y solidario*", además de ordenar que se introduzca una "*regulación del salario mínimo profesional y ocupacional de los servidores del sector de la salud*."

b. Así mismo, en el Informe de Ponencia para Segundo Debate en la Cámara al Proyecto de Ley 02 de 2006 Cámara, 040 de 2006 Senado, publicado en la Gaceta del Congreso N° 562 del 23 de noviembre de 2006, se encuentran entre otras estas afirmaciones que explican el propósito perseguido por el legislador al señalar como función de la Comisión de Regulación en Salud la de establecer un sistema de tarifas para el sector y dentro de él un manual de tarifas mínimas:

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

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

"Definir los requisitos y el procedimiento para la habilitación de nuevas Instituciones prestadoras de servicios de salud teniendo en cuenta criterios poblacionales, epidemiológicos, financieros, socioeconómicos y condiciones del mercado.

"Establecer un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año. En caso de no revisarse, el mismo será indexado con la inflación esperada.

"Diseñar un sistema de clasificación de IPS, con base en los indicadores, que provea el sistema obligatorio de garantía de calidad relacionado con el Sistema Tarifario, de manera que incentive a las IPS para ascender en su clasificación y optar por mejores tarifas.

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

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

"Transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la población, cuando por las condiciones del mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales pondrán el reglamento.

"...

Véase cómo aquí la ponencia explica que el propósito general de la Ley es "*regular la prestación de los servicios de salud*", y que para ello, entre otras medidas, debe establecerse un sistema tarifario y un manual de tarifas mínimas; que con fundamento en la existencia de lo anterior, debe "*diseñarse un sistema de clasificación de IPS, con base en los indicadores, que provea el sistema obligatorio de garantía de calidad relacionado con el Sistema Tarifario, de manera que incentive a las IPS para ascender en su clasificación y optar por mejores tarifas*"; con lo cual, además, se podrá "*(g)arantizar a los afiliados la posibilidad de escoger libremente entre las diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia*." Finalmente, nótese como la ponencia explica que el proyecto de ley regula la situación en la cual "*cuando por las condiciones del mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia*", por lo cual se deban "*Transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la población*"

Todo lo anterior, a juicio de la Corte, implica el señalamiento de *fin*es a la medida de intervención económica consistente en la fijación de un sistema de tarifario y dentro de él un manual de tarifas mínimas. Concretamente, este sistema tarifario está dirigido a las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- (a ellas se refieren prácticamente todas las expresiones de la ponencia que se acaban de transcribir), aunque también cobija a las Empresas Sociales del Estado (ESE), es decir el sistema se dirige a definir las tarifas que pueden cobrar estas entidades, atendiendo a la calidad del servicio que ofrecen. En efecto, a esta finalidad perseguida por el legislador se refiere con toda claridad la siguiente expresión: "*Con el fin de regular la prestación de los servicios de salud el proyecto propone ... "Diseñar un sistema de clasificación de IPS, con base en los indicadores, que provea el sistema obligatorio de garantía de calidad relacionado con el Sistema Tarifario, de manera que incentive a las IPS para ascender en su clasificación y optar por mejores tarifas.*"

Obsérvese cómo la anterior conclusión, relativa a la finalidad perseguida a través del establecimiento de un sistema tarifario, coincide con la extraída anteriormente cuando se dijo que las tarifas que se pretende que queden incluidas en el referido sistema no son los valores que deben pagar los usuarios cuando reciben atención en salud, es decir, los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (copagos) que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están llamados a cubrir, como tampoco los valores de la Unidad de Pago por Capitación y de los subsidios parciales en salud, por lo cual por exclusión debe entenderse que las tarifas a que alude la disposición *sub examine* son las correspondientes a los servicios que prestan las Instituciones Prestadoras de Salud y los profesionales de la salud.

c. Además, dichas manifestaciones contenidas en las ponencias parcialmente transcritas también indican cuáles son los límites a la libertad económica que en materia de prestación de servicios de salud se pretenden introducir: esos límites son concretamente la restricción a la posibilidad de construir sistemas de "integración vertical" entre IPS y EPS que anulen la libertad de escogencia del usuario, permitan el abuso de

la posición dominante y por esa vía atenten contra la calidad del servicio y la posibilidad de universalizar la cobertura. Límites que también están relacionados con la defensa de los derechos de los trabajadores del sector salud, por lo cual, dentro del mencionado sistema tarifario, expresamente se incluye "la regulación del salario mínimo profesional y ocupacional de los servidores del sector de la salud."

Conclusión: Así las cosas, si bien el texto mismo del numeral 7° del artículo 7° no precisa expresamente cuáles son los "fines y alcances y los límites a la libertad económica", según lo exige el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución⁶⁶, lo cierto es que la interpretación histórica y sistemática o contextual de la disposición sí permite establecer cuáles son dichos fines, alcances y límites. Por esta razón, en esta oportunidad la Corte encuentra que el cargo de inconstitucionalidad fundado en que dicho numeral desconoce tal norma superior no está llamado a prosperar, ya que el legislador sí definió durante el trámite legislativo del proyecto correspondiente, y en otras disposiciones de la misma Ley, dichos fines, alcances y límites, cosa que no sucedía en el caso del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, que se había incluido dentro de la Ley aprobatoria del Plan Nacional de desarrollo 2003-2006 y no dentro de una ley íntegramente destinada a modificar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como la que ahora se examina.

4.4.2.3 *Tercera razón.* Por último la tercera razón por la cual en la Sentencia C-137 de 2007 esta Corporación declaró la inexecutable del artículo 42 de la Ley 812 de 2003 consistió en considerar que dicha norma buscaba que el ejecutivo estableciera un sistema de tarifas para el sistema público de salud pero que, ni en el texto mismo de la disposición, ni la Ley que la contenía, se fijaban el sistema y el método para la definición de tal tarifa, correspondiente a una tasa por la prestación de un servicio público a cargo del Estado. Agregó el fallo que la norma no definía otros elementos de esta obligación que consideró de carácter tributario, puesto que no se señalaba el sujeto de la obligación, no precisaba a cuáles tarifas hacía referencia la norma y no señalaba parámetros objetivos para establecer los mínimos y máximos del monto de la tarifa. Por todo lo anterior, resultaba desconocido el artículo 338 de la Carta, conforme al cual "(l)a ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos" y "(l)a ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos."

Para arribar a la anterior conclusión la Corte en la aludida Sentencia sostuvo que la atención de la salud era un servicio público a cargo del Estado, prestación que podía llegar a ser retribuida, retribución a la que se conocía con el nombre de *tasa*. Y agregó que el monto de dicha tasa se utilizaba para recuperar de manera total o parcial los costos en que incurría el Estado en la prestación de dicho servicio público. Explicó también que tal monto no era "cosa diferente que la *tarifa* de la tasa por la prestación del servicio público". De donde concluyó que el artículo 42 de la Ley 812 de 2003 buscaba establecer un sistema de tarifas para la prestación del servicio público de salud pero que, ni en el texto mismo de la disposición, ni la Ley que la contenía, se fijaban el sistema y el método para definir tal tarifa, correspondiente a esa *tasa*.

En la presente ocasión, por todo lo examinado anteriormente en esta misma Sentencia, la Corte encuentra que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 no pretende que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- establezca tarifas de tasas por la prestación del servicio público de salud a los usuarios del sistema de Seguridad Social. En efecto, como se vio atrás, de la interpretación sistemática e histórica de la disposición acusada se concluye que ella no está encaminada a que dicha Comisión fije los valores que, como pagos moderadores, deben pagar los usuarios cuando reciben atención en salud⁶⁷, como tampoco el valor de las cotizaciones que los afiliados al régimen contributivo están llamados a pagar. En efecto, como ha sido explicado por esta Corporación, estas cotizaciones no corresponden al concepto de *tasa*, sino al de contribuciones parafiscales.⁶⁸ Ahora bien, dado que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud no están llamados al pago de ningún otro valor distinto de los pagos moderadores y de la cotización cuando se trata de afiliados al sistema contributivo, es necesario concluir que la disposición acusada (numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007) no asigna a la Comisión funciones para establecer las tarifas de las tasas que supuestamente se cobrarían a los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, como recuperación de los costos de los servicios que en este campo reciban. Así pues, los destinatarios o sujetos pasivos del sistema tarifario que establecerá dicha Comisión, que incluirá un manual de tarifas mínimas, no son dichos usuarios.

Así las cosas, las tarifas a que se refiere la disposición acusada que ahora se examina no corresponden a tasas que se cobrarían a los usuarios del Sistema de Salud para recuperar de manera total o parcial los costos en que incurra el Estado en la prestación de dicho servicio público, como se estimó que sucedía en el caso del artículo 42 de la Ley 812 de 2003 declarado inexecutable mediante la Sentencia C-137 de 2007.⁶⁹ En esta ocasión, a diferencia de lo que ocurría en aquella oportunidad, el examen sistemático e histórico de la Ley permiten entender que no se trata de eso, sino de establecer un sistema tarifario cuyo destinatario principal aunque no exclusivo⁷⁰ son las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- y los profesionales del Sector Salud, y que lo que busca el legislador no es "recuperar costos" sino implementar un sistema que permita hacer una "clasificación de IPS, con base en los indicadores, que provea el sistema obligatorio de garantía de calidad relacionado con el Sistema Tarifario, de manera que incentive a las IPS para ascender en su clasificación y optar por mejores tarifas."⁷¹ Es decir, un sistema en el que las tarifas que pueden cobrar las IPS o las ESE (a las EPS o las demás administradoras del Sistema) estén en relación de proporcionalidad directa con la calidad del servicio que prestan, esto es, a mejor servicio mayor tarifa. Calidad del servicio que, como explica la ponencia en cita, se definirá por indicadores objetivos, que formarán parte de este sistema tarifario. Además, dentro de este sistema tarifario se incluirá un "manual de tarifas mínimas", lo cual hace referencia a dos conceptos: (i) el valor mínimo que las IPS o ESE deben cobrar a las EPS o ARS por la prestación de determinado servicio de salud a un usuario del Sistema de Seguridad Social; y (ii) la retribución mínima que los profesionales de la salud que trabajan para dichas entidades deben recibir por su trabajo profesional.

Visto pues que las tarifas (entre ellas las mínimas) a que alude el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 no corresponden a *tasas* que se llegaría a cobrar a los usuarios del Sistema de Salud por la prestación de servicios de esta naturaleza, sino que corresponden a las tarifas de los servicios que las IPS o ESE cobran a las EPS o ARS por la prestación de determinado servicio de salud, o a las tarifas con las que se retribuye

a los profesionales de la salud que trabajan para el Sistema, debe detenerse la Corte a considerar si tales tarifas corresponden al concepto tributario de *tasa*, de manera que en la disposición acusada el legislador hubiera debido dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 338 de la Constitución, conforme al cual cuando el Congreso, las asambleas o los concejos establecen tasas, pueden permitir a la autoridades administrativas que fijen las tarifas correspondientes, pero en este caso el sistema y método para definir los costos y beneficios que las determinan deben ser señalados discretamente por dichas corporaciones públicas de representación popular.⁷²

Al parecer de la Corte, la expresión *tarifa* no es unívoca. En lenguaje tributario, como lo ha explicado esta Corporación⁷³, la *tasa* es una carga impositiva dirigida a la recuperación total o parcial del costo de un servicio. Para la determinación de su monto, se acude a una *tarifa*, esto es a un valor porcentual o porcentaje que se aplica sobre una base cuantificable. La Constitución en su artículo 338 permite que las autoridades administrativas establezcan esta *tarifa*, es decir este porcentaje, previa la determinación de los demás elementos de la obligación tributaria, y siempre y cuando se señale por los órganos representativos de elección popular el "sistema y el método" para definir los costos y beneficios que las determinan. Así pues, las tasas son mecanismos de financiamiento de los servicios públicos en donde los contribuyentes son a su vez beneficiarios de los respectivos servicios que les presta la entidad que las recauda. La *tasa* es entonces una carga tributaria de carácter retributivo, que se origina por la prestación de un servicio público.

Ahora bien, el concepto de *tasa* se asocia con una imposición unilateral por parte del Estado, que se hace exigible cuando el particular hace uso del servicio correspondiente. En este sentido, la Corte ha dicho:

"b) Tasas: Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta.

"Toda *tasa* implica una erogación al contribuyente decretada por el Estado por un motivo claro, que, para el caso, es el principio de razón suficiente: Por la prestación de un servicio público específico. El fin que persigue la *tasa* es la financiación del servicio público que se presta.

"La *tasa* es una retribución equitativa por un gasto público que el Estado trata de *compensar* en un valor igual o inferior, exigido de quienes, independientemente de su iniciativa, dan origen a él."⁷⁴ (Negrillas fuera del original)

Sin embargo, en el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, la expresión *tarifa* no es utilizada en este sentido, es decir no es sinónimo de *tasa* pagadera por la prestación final de un servicio público, impuesta unilateralmente por el Estado. Ciertamente, el pago que hacen las EPS (o las demás administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud) a las IPS o ESE constituye más bien un costo dentro de los varios que ocasiona la prestación final del servicio público de salud al usuario. Ahora bien, para cubrir este costo, las EPS cuentan con los recursos provenientes de las cotizaciones, según lo reglado por el artículo 182 de la Ley 100 de 1993. Empero, el valor de este costo, si bien está abstractamente definido dentro de la noción de Unidad de Pago por Capitación a que alude el citado artículo 182 de la Ley 100 de 1993⁷⁵ (concepto que el legislador utiliza para reconocer a las EPS un valor *per cápita* por la organización y garantía de prestación de los servicios incluidos en el POS a cada usuario y no para otros propósitos), para el reconocimiento o pago que las EPS hacen a las IPS o ESE por los servicios que les prestan, en la práctica viene determinado por las circunstancias del mercado, que permiten a las EPS y ARS de un lado y a las IPS y ESE de otro, actuar dentro del contexto una relación económica de oferta y demanda, dentro de la cual se establecen precios máximos y mínimos.

Así las cosas, el pago que las EPS hacen a las IPS se asimila más a un precio comercial que a una *tasa*, entendida esta como gravamen tributario. A este precio, la disposición acusada lo denomina "tarifa". Sin embargo, lo que pretende el numeral acusado no es eliminar este esquema de mercado dentro del cual se determinan esos precios o tarifas, sino regularlo, de manera que algunas circunstancias presentes en el mismo, como la integración vertical entre EPS e IPS⁷⁶ y la conformación de redes entre administradores y prestadores, no devenga en inequidades y en la afectación de la calidad servicio. En lo sucesivo, aun dentro de un esquema de mercado, el sistema tarifario buscará que las tarifas observen una relación de proporcionalidad directa con la calidad del servicio que se preste, esto es, a mejor servicio mayor tarifa, como arriba se dijo y como se deduce de la interpretación histórica de la norma acusada. En efecto, recuérdense las expresiones contenidas en la ponencia en donde se dijo que lo que se pretendía es "que se expida un manual de control y estandarización de tarifas para: Redes, ESE, e IPS". Y que también para esos propósitos debía establecerse "un porcentaje fijo de administración para las EAS del régimen contributivo y solidario", además de ordenar que se introduzca una "regulación del salario mínimo profesional y ocupacional de los servidores del sector de la salud."⁷⁷

De esta manera, la medida adoptada por el legislador, en lo que tiene que ver con los pagos que las EPS (o las demás administradoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud) hacen a las IPS o a las ESE, no consiste en la imposición unilateral de una *tasa*, dejando a las autoridades administrativas la fijación de la tarifa correspondiente. Por lo cual no era necesario que se fijara "el sistema y el método" para la determinación de la tarifa. Se trata más bien de mantener un sistema de mercado regulado, y no de imposición de tasas fijas, mercado dentro del cual se introducirán ciertos mínimos que garantizarán la calidad de los servicios, y además existirá un sistema de indicadores objetivos de la calidad de tales servicios que incidirá en las mayores o menores tarifas o precios que podrán cobrar las IPS o las ESE, por encima de los aludidos mínimos.

Otro tanto sucede con las tarifas de los honorarios profesionales a que alude el numeral 7° del artículo 7°, ahora bajo examen⁷⁸. Estos pagos también son costos que se originan por la prestación del servicio de salud al usuario final, que en modo alguno pueden ser considerados como *tasas*. No existe duda alguna en lo relativo al carácter laboral y no tributario de dicho pago, por lo cual no es posible pensar que cuando la norma bajo examen dice que dentro del sistema de tarifas habrá un manual de tarifas mínimas que incluya los honorarios profesionales, alude a que la Comisión de Regulación en Salud determinará la *tarifa* de una *tasa* en los términos del artículo 338 superior. Entonces, por sustracción de

materia, no puede decirse que el legislador debía fijar el sistema y el método para la definición de tal tarifa.

Por todo lo anterior, la Corte en esta oportunidad encuentra que la tercera razón que se hallaba presente para declarar la inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley 812 de 2003 no tiene cabida en este caso. Ciertamente, en la Sentencia C-137 de 2007 se encontró que dicha norma buscaba que el ejecutivo estableciera un sistema de tarifas para el sistema público de salud pero que, ni en el texto mismo de la disposición, ni la Ley que la contenía, se fijaban el sistema y el método para la definición de tal tarifa, correspondiente a una *tasa* por la prestación de un servicio público a cargo del Estado. En cambio, por todo lo explicado en las líneas anteriores, en el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 el legislador no pretendió delegar en la Administración la fijación de la tarifa de una tasa, por lo cual no hacía falta que señalara el sistema ni el método requerido para ello por el artículo 338 de la Constitución.

Conclusión: Examinadas las tres razones por las cuales en la Sentencia C-137 de 2007 la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, y visto que dichas razones no están presentes respecto numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, la Corte concluye que no es del caso proferir un fallo similar al anterior.

No obstante, debe la Corte pasar a evaluar si la norma que examina resulta inconstitucional por otros motivos diferentes, alegados en la demanda, distintos de las razones de inconstitucionalidad arriba descartadas.

4.5 Examen de los cargos de inconstitucionalidad esgrimidos en la presente demanda, distintos a las razones por las cuales fue declarado inexecutable el artículo 42 de la Ley 812 de 2003 en la Sentencia C-137 de 2007.

4.5.1 El numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 frente a los artículos 333 y 334 de la Constitución Política

4.5.1.1 Afirma la demanda que la norma acusada desconoce el artículo 333 de la Constitución Política, porque la medida adoptada en la norma acusada afecta el núcleo esencial de la libertad económica a que se refiere dicha norma superior, así como la autonomía de la voluntad y la libertad contractual; además, como no hay en la disposición un criterio de solidaridad claramente señalado para el establecimiento del sistema tarifario a que alude, resulta desconocido el artículo 334 de la Carta, conforme al cual el Estado intervendrá la economía por mandato de la ley, a fin de racionalizarla con el objeto de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Al respecto la Corte observa lo siguiente:

4.5.1.2 No es esta la primera vez que la Corte tiene que referirse a los límites a que se encuentra sujeto del Congreso de la República a la hora de expedir leyes llamadas a regular la prestación del servicio público de salud. En diversas oportunidades ha explicado que tales límites son de diversa clase: En primer lugar, el legislador se encuentra limitado por la necesidad de dar efectiva garantía a los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos con la adecuada prestación de dicho servicio público de salud.

De esta manera, a vía de ejemplo, la jurisprudencia ha hecho ver como "no sería constitucional una reglamentación que tolerara una inadecuada atención de las personas, de manera que constituyera una amenaza para su vida, su salud o su integridad personal, o que fuera discriminatoria por excluir algún sector de la población."⁷⁹ Así pues, dado que el derecho a la salud en ciertas oportunidades adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo⁸⁰ y en otras de derecho fundamental por conexidad⁸¹, el legislador no pudo regular la atención de la salud de forma que no se garantice en forma real la efectividad del mismo.

En segundo lugar, a la hora de diseñar el régimen legal del servicio público de salud el legislador encuentra también límites que emanan de las propias normas constitucionales, que le dan indicaciones concretas para el cumplir ese cometido: en este sentido, se encuentran las indicaciones recogidas en los artículos 48 y 49 de la Constitución, conforme a los cuales la atención de la salud es un servicio público que debe prestarse observando los principios de "eficiencia, universalidad y solidaridad", "podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley", y para cuya organización corresponde al Estado "establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas...". De esta manera, no sería posible que el legislador diseñara un régimen legal de seguridad social en salud que no garantizara unos niveles mínimos de eficiencia técnico científica, que solo cubriera a un sector mínimo de la población, o que se abstuviera de establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades particulares, si esa fuera la opción permitida por el legislador.

Ahora bien, como también ha sido explicado por esta Corporación⁸², dentro de la órbita de libertad que le asiste al legislador para diseñar el Sistema de Seguridad Social en Salud, sin que sea la única alternativa legislativa que se acomode a la Constitución "en materia de prestación del servicio público de salud el legislador puede dar cabida a la actividad de los particulares dentro de un esquema de competencia y libertad de empresa, en el cual esta última libertad se definiría como el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tuvieran por objeto la prestación del referido servicio."⁸³ La anterior conclusión se desprende de lo reglado por el artículo 365 de la Constitución, conforme al cual los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, y más específicamente del 49 *ibidem*, según el cual, "la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley".

La Corte también ha hecho ver que con base en la libertad legislativa en comento, "el legislador optó por un modelo de seguridad social en salud que permite la concurrencia del Estado y de los particulares en la prestación del correspondiente servicio público, dentro del esquema de libertad de empresa. Diversas normas de la Ley 100 de 1993 son explícitas en ese sentido, especialmente las contenidas en sus artículos 8°, referente a todo el sistema general de seguridad social, que lo define como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas establecido para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios⁸⁴; el artículo 153, que al definir cuáles son las reglas rectoras

del servicio público de salud expresa que los usuarios tienen libertad para escoger entre las distintas Entidades Promotoras de Salud y entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud⁸⁵, cuando "sea posible según las condiciones de oferta de servicios"⁸⁶; y el artículo 154 según el cual el Estado debe intervenir el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata la misma Ley 100 de 1993 y en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política⁸⁷.⁸⁸ (Negrillas fuera del original)

4.5.1.3 Ahora bien, en la presente oportunidad el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 introduce una limitación al modelo de libertad de empresa, de mercado y de libre competencia diseñado por el mismo legislador. En efecto, como arriba se explicó, dicho numeral, ahora bajo examen, busca establecer un modelo de mercado regulado y no absolutamente libre, en relación con los servicios de salud que las EPS (y las demás administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud) contratan con las IPS (y otras entidades prestadoras de servicios de salud como las Empresas Sociales del Estado -ESE-), regulación del mercado que, como se dijo, consistirá en definir un sistema tarifario en el cual los estándares de calidad en el servicio que acrediten cumplir las entidades prestadoras de servicios de salud determinarán la posibilidad de acceder a mejores tarifas, y dentro del cual tendrán cabida tarifas mínimas que igualmente asegurarán estándares mínimos de calidad. Además, ese mismo sistema velará por asegurar una remuneración laboral mínima a los profesionales de la salud.

Se pregunta entonces la Corte si le era posible al legislador introducir esta restricción al modelo diseñado por él mismo, sin desconocer con ello la libertad de empresa y competencia, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, como lo alega la demanda.

4.5.1.4. *Prima facie*, la respuesta al anterior cuestionamiento parece ser positiva. En efecto, dado que el Congreso tiene libertad para escoger entre un régimen de libre concurrencia económica en la prestación del servicio público de salud, o reservar esta actividad para el Estado optando por un sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público, puede pensarse que también tiene facultades amplísimas para restringir el alcance de la libertad de competencia en este terreno, señalando restricciones como la contenida en el artículo acusado. Además, la anterior conclusión se ve reforzada por el hecho de que los dineros que administran las EPS (y las demás administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud), con los cuales contratan la prestación de servicios de salud con las IPS (y otras entidades prestadoras de servicios de salud como las Empresas Sociales del Estado -ESE-), son recursos que han sido considerados de naturaleza pública⁸⁹, por lo cual el legislador tendría amplia libertad para determinar la forma de su administración.

La jurisprudencia precedente en materia de limitación a la libertad económica y al modelo de mercado y de libre competencia originalmente diseñado por el legislador en materia de Seguridad Social en Salud también parece contribuir a la anterior conclusión. En efecto, en diversos pronunciamientos esta Corporación ha estimado como ajustadas a la Constitución profundas limitaciones a este modelo de libertad de mercado. Así por ejemplo, en dos oportunidades la Corte ha considerado que la obligatoriedad de que las administradoras del sistema contraten con IPS públicas una proporción de los servicios que requieran no desconoce los artículos 333 y 334 de la Constitución.⁹⁰

Todo lo anterior llevaría a pensar que el legislador tiene una libertad prácticamente absoluta para introducir limitaciones al modelo de libre concurrencia económica en la prestación del servicio público de salud que originalmente diseñó. Sin embargo, esta Corporación ha hecho ver que esa conclusión no es del todo cierta, y que una vez que el legislador ha optado por un modelo de libre concurrencia para la prestación del servicio público de salud, encuentra limitada su libertad para restringirlo. Ciertamente, la Corte ha vertido una jurisprudencia conforme al cual, sin que sea imposible establecer limitaciones al referido modelo a fin de obtener objetivos constitucionales, esas limitaciones no pueden ser tan intensas que en realidad lleguen a eliminar radicalmente el esquema de libertad de empresa⁹¹; en efecto, sobre el asunto, por ejemplo, se ha dicho:

"Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el límite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue a eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad."⁹² (Negrillas fuera del original)

Y en el mismo sentido se han vertido estos conceptos:

"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."⁹³

Además, la Corte ha hecho ver que los límites a la facultad legislativa de restringir la libertad de empresa en una actividad económica librada a la concurrencia de los particulares no tienen por objeto proteger únicamente los intereses privados, sino que tales límites se derivan de la naturaleza misma de la libertad de empresa y de competencia, y de su valor constitucional como fuentes del desarrollo y mecanismos para la consecución de intereses públicos⁹⁴:

"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.¹⁹⁵

Por lo anterior, la jurisprudencia ha hecho ver que *"el modelo de libertad de empresa en la prestación del servicio público de salud se adopta por cuanto se estima que es un adecuado cauce para lograr la realización de los principios de eficiencia y universalidad de la seguridad social a que se refiere el artículo 48 superior, por lo cual su limitación excesiva puede ir en contra del interés público implicado en esos principios constitucionales, que se satisface cuando a través del libre juego de oferta y demanda se logra una ampliación de los servicios y una mejora en la calidad de los mismos, en beneficio general de los usuarios."*¹⁹⁶

4.5.1.5. Visto lo anterior, la Corte encuentra que en la presente oportunidad resulta necesario determinar si el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 introduce una limitación al modelo de libertad de mercado y libre competencia en materia de Seguridad Social en Salud que resulte proporcionada. Para lo anterior debe ponderar los intereses y valores constitucionales implicados en la norma, a fin de constatar su equilibrio. En el presente caso parece estar de por medio la necesidad de hacer efectivo el principio constitucional de *eficiencia* en la seguridad social en salud a que alude al artículo 48 superior, que implica que los servicios de salud tengan un estándar de calidad que haga efectivos los derechos a la salud, a la dignidad y a la vida de los usuarios, necesidad que debe conciliarse con la de garantizar las condiciones propias de la libertad de competencia en la prestación de ese servicio público, según el modelo adoptado por el legislador. Así mismo, en la norma acusada entran en tensión la mencionada libertad de mercado y de competencia con el derecho fundamental de los trabajadores del sector salud a una *"remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo"*, reconocido por el artículo 53 de la Constitución.

A fin de hacer el anterior examen, debe recordarse que de conformidad con lo explicado en la sentencia C-615 de 2002⁹⁷, "una restricción a las libertades económicas es constitucional si (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley;⁹⁸ (ii) respeta el "núcleo esencial" de la libertad de empresa;⁹⁹ (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución;¹⁰⁰ y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.¹⁰¹"

Enseguida pasa la Corte a estudiar si en el presente caso, se cumplen los anteriores postulados en relación con la norma acusada en el presente proceso.

(i) La restricción a las libertades económicas sí se llevó a cabo "por ministerio de la ley."

En relación con el acatamiento de esta regla, la Corte recuerda lo dicho anteriormente dentro de esta misma Sentencia, en lo relativo a la regulación socioeconómica de la prestación de los servicios públicos, y a la constitucionalidad de los órganos independientes que el legislador está autorizado para crear a fin de implementarla. Ciertamente, como se explicó arriba, la intervención socio económica para regular la prestación del servicio público de salud, y la posibilidad que tiene el legislador de crear organismos públicos revestidos de funciones reguladoras de dicho servicio, encuentra fundamento en lo dispuesto por los artículos 49, 365 y 366 de la Constitución Política, por lo cual la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y la asignación a la misma de funciones de regulación del servicio público de salud debe tenerse como un simple ejercicio de la atribución constitucional otorgada al legislador por el numeral 7° del artículo 150 superior, en armonía con las citadas normas superiores.

Así las cosas, cuando el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 asigna a dicho organismo de regulación funciones para establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener un manual de tarifas mínimas, incluyendo los honorarios profesionales, no hace otra cosa que implantar *"por ministerio de la Ley"* un mecanismo de regulación socioeconómica que ha sido entendido como ajustado a la Constitución por esta Corporación, según se examinó arriba dentro de esta misma Sentencia.

(ii) La restricción de la libertad económica respeta el "núcleo esencial" de la libertad de empresa y del modelo de libre competencia

Como se dijo arriba, la intervención económica en el diseño del sistema de Seguridad Social en Salud no puede ser tan intensa que llegue eliminar completamente el esquema de mercado libre que originalmente fue diseñado por el legislador, pues en este supuesto se caería en la estatización de una actividad antes dejada a la libertad de empresa, lo cual impondría la necesidad de indemnizar a los particulares que lícitamente la ejercían, en los términos del inciso segundo del artículo 336 de la Constitución.¹⁰² Ahora bien, si la excesiva regulación de una actividad económica limita desproporcionadamente el esquema de mercado y de libre competencia, aunque no se trate propiamente de estatizar la actividad, dichas libertades pueden quedar en la práctica eliminadas, caso en el cual el núcleo esencial de la libertad de empresa puede entenderse desconocido. Ciertamente, en las normas de intervención económica suele estar presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general. Aquella libertad puede verse limitada en aras del interés social, mas no erradicada, pues en este supuesto se eliminaría un régimen de libre concurrencia económica, con la consecuencial necesidad de indemnizar el daño causado a quienes lícitamente desarrollaban la actividad respectiva.

No obstante, en el presente caso no es éste el efecto de la disposición. Como se dejó explicado arriba, el numeral bajo examen señala que la Comisión de Regulación en Salud -CRES- tendrá como función la de establecer un sistema tarifario, que contenga un manual de tarifas mínimas, incluyendo los honorarios profesionales. Ciertamente, la existencia de tarifas mínimas representa una limitación intensa a la libertad económica, y concretamente a la libre competencia en la oferta de servicios de salud. No obstante, la Corte observa que por encima de esas tarifas mínimas, los oferentes de dichos servicios (IPS y demás entidades prestadoras de servicios de salud como las ESE) siguen teniendo posibilidades de competir en el mercado. Aunque no podrán seguir compitiendo mediante el recurso de cobrar (a las EPS o a otras administradoras) precios cada vez más bajos, o de pagar a los profesionales de la salud honorarios progresivamente menos remunerativos de su trabajo, lo cual ha sido

considerado por el legislador como un peligro para la idoneidad del servicio y para la dignidad de los trabajadores, sí podrán seguir compitiendo mediante el recurso de mejorar progresivamente la calidad del servicio que ofrecen, objetivo que es justamente lo que se busca con la norma. Como se dijo, la filosofía de esta disposición es la siguiente: "a mejor calidad del servicio, mejor tarifa"; así pues, por encima de las tarifas mínimas que lleguen a imponerse en ciertos casos, sí hay un espacio para seguir compitiendo, sólo que ahora dicha competencia en tales casos necesariamente debe girar en torno de la calidad del servicio, que será evaluada de conformidad con indicadores incluidos en el sistema tarifario que diseña la Comisión de Regulación en Salud.

(iii) La restricción de la libertad económica que introduce el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 obedece tanto al principio de solidaridad como a finalidades expresamente señalada por la Constitución.

Para examinar si el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 introduce una restricción de la libertad económica que obedezca al principio de solidaridad o a finalidades constitucionales, es menester establecer claramente cuál es la finalidad perseguida por dicha norma. Sobre el particular, la interpretación histórica de la disposición acusada, llevada a cabo en ellas líneas anteriores de esta misma providencia, arroja luces en lo relativo a que lo que buscó el legislador fue corregir ciertas inequidades que se vienen presentando en el mercado de servicios de salud, que inciden en la baja calidad del mismo, en la pérdida de libertad del usuario para escoger instituciones que ofrezcan las mejores condiciones de calidad, en el abuso de la posición dominante de las administradoras del sistema, especialmente de las EPS, y en la pauperización de los profesionales de la salud. Inequidades del mercado propiciadas por varias circunstancias, pero principalmente por el fenómeno económico conocido como "integración vertical" (IV). Este fenómeno, en el Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano, consiste en la práctica de que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) contraten con sus propias Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS) sus gastos de salud, práctica que se ha visto como limitativa de la libertad del usuario del sistema y reductora de la calidad del mismo.

Todo lo anterior es explicado con toda claridad por el Ministerio de la Protección Social en su intervención dentro del presente proceso, en los siguientes términos:

a. Sobre la posición de dominio que alcanzaron las aseguradoras del régimen contributivo en desarrollo del modelo adoptado por la Ley 100 de 1993 y la necesidad de intervenir el mercado para corregir tal inequidad, dicha intervención hace ver lo siguiente:

"Con la expedición de la Ley 100 de 1993, los aseguradores del régimen contributivo, quienes acceden a los recursos de las cotizaciones y son los obligados a garantizar el acceso a la salud, ocuparon ese sitio e impusieron sus condiciones en el mercado: los precios de los servicios que contratan, condiciones de prestación del servicio, ubicación de las redes para la atención, escogencia de IPS, etc. No es la "mano invisible" que mencionaba Adam Smith la que pueda corregir tales imperfecciones ni esa "libertad" contractual, tan ponderada en la demanda, la que corrige esas desviaciones. Precisamente, en virtud de esa proclamada libertad se han introducido una serie de factores que han afectado sensiblemente la prestación del servicio de salud."

b. Sobre la necesidad de limitar la integración vertical y la práctica de reconocer precios cada vez más bajos a las IPS por la prestación de los servicios de salud (práctica propiciada por la integración vertical), dicha intervención ministerial afirma:

"La limitación de la integración vertical y del abuso de la posición dominante a los cuales se refiere el artículo 15 de la Ley 1122 así como la regulación en materia de tarifas cristaliza uno de los aspectos más críticos. Contrario a lo manifestado por la accionante, un precio artificialmente bajo no es garantía de una buena calidad en el servicio.

"...

"Como se puede apreciar y contrario a lo manifestado por la impugnante, el tema de la regulación de precios no cae en el vacío ni aterriza de una manera sorpresiva ni supone una falta de análisis del legislador. En los diversos escenarios, a salvo tal vez el de los interesados en acabar paulatinamente con la oferta existente y terminar de pauperizar a los profesionales de la salud, se trata de un problema endémico y exige la intervención del Estado."

c. Refiriéndose a la integración vertical como mecanismo para alcanzar posiciones de dominio y un "imperio de los precios", prosigue así la intervención:

"Sin duda, uno de los mecanismos a través los cuales se logra ese imperio de los precios, que ha sido uno de los síntomas de esa posición de dominio. No se pasa por alto que en un estudio realizado por la Universidad de Antioquia¹⁰³ se develaron algunas de las desventajas de esa figura que contrastan con sus ventajas, las cuales se enuncian de la siguiente manera:

"*Pérdida de beneficios de la competencia, pues un eslabón integrado a otros termina anquilosándose, perdiendo productividad, eficiencia y calidad. Mediante la integración la IPS se dedica a contener los costos, a realizar procedimientos mínimos o por debajo de los mínimos permisibles.

"*Efectos sobre el usuario, pues queda atrapado de una red en la que no tiene opción de elegir.

"*Genera un desequilibrio entre la oferta de IPS como consecuencia de la construcción de nuevas clínicas por parte de las aseguradoras.

"*La EPS solo desea prestar aquellos servicios de mayor rentabilidad o donde el volumen de demanda permite disminuir costos y hacer importantes ahorros.

"*Limitación a los usuarios de acceso a los servicios y, en algunos casos, estímulo a la adopción de seguros alternativos para poder satisfacer el deseo o la necesidad de elegir libremente al prestador.

"*Posición dominante en la relación contractual.

"*Aniquilamiento del profesionalismo médico ante la imposición del interés corporativo. El riesgo ético de interferir sobre el libre y correcto ejercicio de la profesión médica se ha incrementado notoriamente.

"Concluyen los autores con toda justeza:

"Sin embargo, se nota que la IV (integración vertical) podría no ser una solución óptima al existir el riesgo de que ella esté motivada no por la reducción de costos de transacción sino por la apropiación de rentas, de manera que la EPS busque resultados estrictamente financieros a costa de la calidad y haciendo uso de su poder dominante lleve al deterioro de la IPS. Esto puede suceder cuando la EPS con sus propias IPS presta los servicios de atención directamente y utiliza el ahorro en costos de transacción únicamente en su propio beneficio.¹⁰⁴

"Por otra parte, este desequilibrio ha desembocado en la necesidad de acudir al juez en sede de tutela para lograr tratamientos, procedimientos o medicamentos. Es curioso, por decir lo menos, que desde 1997 en adelante el crecimiento de las acciones de tutela se haya centrado en la prestación de servicios de salud. Se puede colegir que uno de los causantes de la explosión de acciones de tutela pasara lograr procedimientos, tratamientos o medicamentos está asociado a ese dominio absoluto de las condiciones en las que se ofrece el servicio....

"Otro dato notable -otro síntoma- ha sido el esplendor de las inversiones financieras de las EPS en construcción de IPS. De los datos con que cuenta la Superintendencia de Salud a 2006, se advierte, con claridad efecto soslayado y el movimiento existente de recursos, a tal punto que se demostraron procesos de alianzas e integración claras entre EPS y constructoras. El Distrito Capital cuenta con uno de los frutos más notables de estas conductas en la Autopista Norte calles 92 y 113, costado occidental.

"A través de la Circular 026 de 2006 de la Superintendencia Nacional de Salud evidenció la desviación de recursos con destino a la construcción de clínicas, centros de atención y universidades...

"...

"¿Cómo negar que paulatinamente, los Hospitales y las Clínicas existentes fueron perdiendo su participación en la prestación del servicio de salud y reemplazadas por instituciones maltrechas, muchas veces improvisadas? ¿Cómo evadir en hecho de que los profesionales de la salud sufrieron, también, una gradual sujeción a este nuevo amo llamado EPS? ¿Cómo negar que el precio de los servicios es uno de los elementos con que éstas logran presionar?...

"...

"Por ello resulta más que ajustado ver en el Manual de Tarifas un elemento consustancial del sistema, a través del cual se pueden corregir las deficiencias y asimetrías en los precios....

"La evidencia, demuestra que so capa de la libre competencia, la libre empresa y la fijación de los precios con base en la "autonomía de la voluntad" se persigue, precisamente, lo contrario, es decir evitar a toda costa que se logren esos postulados, en desmedro de su objetivo.

"Es más, en la estructuración de un sistema de tarifas adecuado y razonable gravita el respeto al derecho fundamental al trabajo.... Lo que es *vox populi* es que las IPS y los profesionales de la salud deben soportar contratos en donde el pago por los servicios es precario y con tendencia a la baja....

"...

"En consecuencia, la intención de la medida que se critica es evitar una de las asimetrías que se está generando, vale decir, un deterioro progresivo de los ingresos de los profesionales de la salud, una utilización de figuras (cooperativas de trabajo asociado) para acentuar esta pérdida, la explotación desmedida a estos profesionales y auxiliares y, en consecuencia, una pérdida en la calidad de los servicios. Esto lleva como corolario, una afectación al usuario."

Así pues, es claro que lo que el legislador pretende es corregir ciertas inequidades del mercado que se han venido presentando por la posibilidad que han tenido la administradoras del Sistema de Seguridad Social de lograr la integración vertical con IPS propias, lo que ha generado el reconocimiento a éstas de tarifas exageradamente bajas, el abuso de la posición dominante que de esta manera se obtiene y el deterioro de los ingresos profesionales. Por ello, en el numeral bajo examen asigna a la Comisión de Regulación en Salud la función de establecer un sistema tarifario que incluya un manual de tarifas mínimas, y en el artículo 15 de la misma Ley regula la integración vertical y la posición dominante en los siguientes términos: "*Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.*"

Se pregunta ahora la Corte si este propósito legal de regular las tarifas, hoy artificialmente bajas en virtud de la situación arriba descrita, resulta conforme con el principio de solidaridad o con alguna finalidad constitucional; y encuentra que evidentemente la respuesta es positiva. En primer lugar, este nuevo sistema tarifario permitirá lograr objetivos de *equidad* en el mercado de servicios de salud, con lo que se realizará el valor fundamental de la justicia (C.P. Preámbulo), y se alcanzará el fin estatal esencial de lograr un orden social justo (C.P Art. 2°). En igual forma

la axiología constitucional que reconoce los valores del respeto de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, así como la prevalencia del interés general, encontrará adecuado cauce de materialización.

De manera particular, en lo que se refiere a las tarifas que en lo sucesivo las EPS reconocerán a las IPS en virtud de la implantación del nuevo sistema tarifario, cuyo espíritu es que los precios dependan de la calidad del servicio, ciertamente se logrará alcanzar la *eficiencia* del Sistema de Seguridad Social en Salud, a que alude el artículo 48 de la Constitución Política. "Eficiente" es la cualidad que se predica de una acción que sirve para producir el efecto que con ella se busca alcanzar. Obviamente, la *calidad* de un servicio, en este caso el de salud, tiene una relación directa con su *eficiencia*. A mayor calidad, mayor eficiencia o aptitud para lograr su finalidad, en este caso la recuperación o preservación de la salud de los usuarios. En este sentido, el nuevo sistema tarifario constituye una forma de intervención económica que permite lograr "el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes", objetivo constitucional claramente señalado para este tipo de medidas por el artículo 3334 superior.

En lo que concierne a las honorarios mínimos de los profesionales de la salud, que serán un componente del nuevo sistema tarifario, encuentra la Corte que en el estado actual de cosas, por demás públicamente conocido, la norma legal ahora bajo estudio persigue clarísimos objetivos constitucionales que no son otros que el reconocimiento de una "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo", en los términos del artículo 53 de la Carta Política. Que nuestros profesionales de la salud, algunos de ellos altamente capacitados a costa de inmensos sacrificios personales, familiares y sociales, reciban la justa remuneración de su trabajo y de su dedicación a la comunidad, en una de las actividades de mayor servicio social que conoce la humanidad, desarrolla claramente caros postulados superiores de reconocimiento a la dignidad del trabajo y de la persona humana, a la par que incentiva a estos profesionales y las nuevas generaciones que los relevarán, al mejoramiento constante de su formación técnica y científica. Evitar que dichos profesionales se vean pauperizados como consecuencia de la posición dominante que han alcanzado sus empleadores y contratantes resulta a todas luces un propósito ajustado a la Constitución.

Por todo lo anterior, la Corte encuentra que la restricción de la libertad económica que introduce el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, al señalar que una de las funciones de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- es establecer un sistema tarifario que contendrá un manual de tarifas mínimas incluyendo los honorarios profesionales, desarrolla postulados constitucionales de justicia, solidaridad, reconocimiento del derecho al trabajo y de la garantía de remuneración digna y proporcional que él merece, así como de eficiencia en la prestación del servicio público de salud.

(iv) La restricción de la libertad económica que introduce el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.

Finalmente, la Corte encuentra que la norma que ahora estudia responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior por cuanto, en primer lugar, la limitación introducida persigue fines constitucionales que justifican la restricción de la libertad económica, como acaba de explicarse. En segundo lugar, el medio escogido para alcanzar este fin no está prohibido por la Constitución, que claramente permite la intervención económica en los servicios públicos mediante la regulación socio económica llevada a cabo por órganos legales creados para ello. Tampoco la Constitución prohíbe un control de precios, cuando mediante esa forma de intervención no se anula la libertad de empresa, sino que se corrigen inequidades del mercado. Justamente, en la posibilidad de implantar medidas de intervención de esta naturaleza se distingue el modelo de Estado organizado según la fórmula "social de Derecho", de aquel otro simplemente "gendarme" que le precedió. Además, el medio escogido resulta idóneo para lograr las finalidades constitucionales estudiadas. En efecto, como se dijo arriba, el espíritu que inspira la medida de intervención, espíritu conforme al cual la posibilidad de obtener una mayor tarifa depende de la mejor calidad del servicio que se ofrezca, favorece el desarrollo de una sana competencia para el logro de altos estándares de calidad, y no solamente para el aumento del lucro de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud. Y finalmente, la medida limitativa de la libertad económica no resulta desproporcionada, en cuanto, como también se estudió anteriormente, no elimina el modelo de libre empresa y de libre competencia diseñado por el legislador, manteniéndose vigente el núcleo esencial de dicha libertad. Simplemente, en lo sucesivo dicha competencia económica no se centrará exclusivamente en la reducción de las tarifas pagadas a las IPS y demás entidades prestadoras de servicios de salud, sino que prioritariamente se orientará a competir mediante la oferta de mejores condiciones de atención que permitirán acceder a mayores tarifas.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 no desconoce los artículos 333 y 334 de la Constitución Política. En tal virtud, no prospera el cargo correspondiente.

4.5.2 La acusación contra el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 por presunta violación de los artículos 115 y 13 de la Constitución Política.

4.5.2.1 Dice la demanda que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 desconoce el artículo 115 superior¹⁰⁵, pues "establece una composición del Gobierno Nacional para el caso particular de la siguiente manera: Presidente de la República, Ministro de la Protección Social, y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, con lo cual se infringe el artículo 115 de la Constitución Política, según el cual el Presidente y sus Ministros o directores de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno, perteneciendo entonces todos los miembros de la comisión a la Rama Ejecutiva, que como se ha expresado no está facultado para establecer los parámetros límites y alcances de las medidas de tipo económico." (Sic)

En relación con el anterior cargo de inconstitucionalidad, la Corte encuentra que el mismo no es claro, por lo cual no resulta sustancialmente apto para propiciar un debate sobre la conformidad o inconstitucionalidad del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 con el artículo 115 constitucional. En tal virtud, respecto al mismo, la Corte se inhibirá de proferir un fallo de fondo.

Ciertamente, el numeral 3° del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 prescribe que las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad deberán contener "(l)as razones por las cuales dichos textos se estiman violados". En relación con la anterior disposición, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha señalado que dichas demandas deben observar ciertos requisitos de fondo que garanticen la coherencia, pertinencia y suficiencia de sus argumentos, en aras de facilitar el análisis jurídico que permita determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma acusada.¹⁰⁶ En este orden de ideas, la Corporación ha agregado que los cargos de la demanda deben ser *claros*, entendiendo por *claridad* la existencia de un hilo conductor que desarrolle de manera inteligible el argumento en que se sustenta la oposición normativa entre la disposición legal y la disposición constitucional.¹⁰⁷

A juicio de la Corte, en la presente oportunidad no se cumple con la anterior exigencia de claridad en la formulación del cargo. La Corte no entiende las explicaciones expuestas en la demanda relativas a por qué la norma superior concerniente a la composición orgánica del Gobierno para cada asunto particular (C.P. Art. 115) se vería infringida por el hecho de que la norma acusada le asigne funciones de regulación socio económica a la Comisión de Regulación -CRES-. Las explicaciones vertidas en la demandada se orientan más bien a indicar que tal tipo de funciones no pueden ser atribuidas a órganos de la Rama Ejecutiva, pero no señalan claramente por qué los mismos, desde un criterio orgánico, vendrían a componer el Gobierno. Es decir, a partir de argumentos fundados en criterios funcionales, la demanda pretende extraer conclusiones relativas a la composición orgánica del Gobierno, resultando confusa la argumentación.

4.5.2.1 También se presenta una ineptitud en relación con el cargo de inconstitucionalidad aducido por violación del artículo 13 de la Constitución. Dicho cargo consiste en afirmar que el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 desconoce el artículo 13 superior, pues las facultades concedidas al Gobierno para fijar las tarifas mínimas de salud implican un trato desfavorable y discriminatorio para los prestadores privados de servicios de salud, en la medida en que se les niega la posibilidad de estar en condiciones de igualdad con las entidades públicas. De esta manera, el Gobierno hace uso abusivo de su posición dominante. Además, se introduce una discriminación frente a los usuarios de servicios de salud, pues se establece una tarifa mínima, pero no una máxima.

A juicio de la Corte, el anterior cargo de inconstitucionalidad no es *cierto*. La jurisprudencia ha explicado que dentro de los requisitos de fondo que debe observar la demanda para que sea posible examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma acusada¹⁰⁸ se encuentra aquel que exige que los cargos sean *ciertos*, es decir, que se desprendan "del contenido de una norma jurídica existente y real"¹⁰⁹ y no de un contenido deducido por el actor o implícito. En el presente caso, el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 no dice que el sistema tarifario que corresponde establecer a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- resulte aplicable exclusivamente a los prestadores de servicios de salud privados, como las IPS privadas, y que los públicos, como las Empresas Sociales del Estado -ESE- no queden cobijados por dicho sistema.¹¹⁰ Se trata de una deducción infundada del actor, que hace que el cargo no resulte *cierto*.

Por otro lado este cargo de inconstitucionalidad, en cuanto afirma que la norma acusada introduce una discriminación frente a los usuarios de servicios de salud, pues se establece una tarifa mínima, pero no una máxima, no explica cómo se produce el trato desigual que alega. En este sentido este cargo no es *suficiente*. En efecto, la Corte ha señalado que un argumento es *suficiente* cuando permite ilustrar que, por lo menos *prima facie*, existe una oposición normativa entre el texto de la Constitución y el texto de la Ley que se acusa. Si de la argumentación expuesta por el actor quedan asuntos por resolver que sería necesario agotar para entender la oposición normativa que pretende dilucidar, el cargo deberá ser considerado insuficiente. Lo anterior implica que para aducir un cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 13 superior lógicamente se exija que el actor señale qué grupo de personas queda cobijado por los efectos de la disposición y que otro grupo no queda, de manera que quede explicado que hay un trato diferente injustificadamente dispensado a dos o más clases o grupos de personas. En el presente caso no se explica cuáles son las dos o más clases de personas que resultan ser objeto de un trato diferente, por lo cual el cargo no es *suficiente*. Además, este cargo tampoco es *cierto*, pues la necesaria existencia de tarifas mínimas, y la no obligatoria introducción de tarifas máximas, se dispone de manera general impersonal y abstracta respecto del universo completo de los sujetos a quienes les resulte aplicable la disposición, según se desprende de su solo tenor literal.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte se abstendrá de proferir un fallo de fondo en relación con los cargos esgrimidos por desconocimiento de los artículos 13 y 115 de la Constitución, por ineptitud sustancial de la demanda.

4.5.3. Conclusión sobre la constitucionalidad del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007

Establecido cual es el verdadero sentido y alcance del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, y por qué no está afectado de los mismos vicios de inconstitucionalidad que determinaron la declaratoria de inexecutable del artículo 42 de la Ley 812 de 2003 llevada a cabo mediante la Sentencia C-137 de 2007, y que tampoco los otros cargos de inconstitucionalidad aducidos en las demandas acumuladas están llamados a prosperar, la Corte debería declarar la executable de dicho numeral 7°

No obstante lo anterior, como se dijo anteriormente, los demandantes, varios de los intervinientes y mismo señor Procurador han llevado a cabo una interpretación de la norma según la cual ella permite a la Comisión de Regulación en Salud fijar la tarifa de una tasa a cargo de los usuarios, por la prestación de los servicios de salud. En esta interpretación, la disposición tendría un alcance regulador muy similar al de la norma que fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-137 de 2007, por lo cual también debería ser declarada inconstitucional. Al respecto, la Corte encuentra que a pesar de que, como se acaba de ver, la exégesis sistemática e histórica de la disposición llevan a descartar esta interpretación, el tenor literal del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 induce a confusión y hace plausible la interpretación mencionada; la confusión proviene precisamente de la similitud entre el texto del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, declarado inexecutable mediante la mencionada Sentencia C-137 de 2007, y el texto de la norma ahora acusada. Así mismo, proviene de la utilización por el legislador de la expresión "*tarifas*", para referirse a pagos que no tienen carácter tributario.

Así las cosas, la Corte encuentra que debe rechazar expresamente dicha plausible interpretación del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, pues conforme a ella dicha disposición sería inconstitucional por violación del artículo 338 superior, dado el legislador no habría señalado directamente el sistema y el método para la fijación de dichas *tarifas*.

De esta manera, en cuanto la Corte se ve obligada a expulsar del ordenamiento esta posible interpretación que haría inexecutable la disposición, en la parte resolutive de la presente Sentencia declarará la exequibilidad del numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, condicionada a que se entienda que en dicha norma el legislador no autorizó a la Comisión de Regulación en Salud para fijar la tarifa de la tasa por la prestación de los servicios de salud a los usuarios, sino a establecer un sistema tarifario relativo a los pagos que las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud deben hacer a las instituciones que prestan servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales de la salud.¹¹¹

5. Examen de constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 1122 de 2007

5.1 En artículo 8° de la Ley 1122 de 2007, se recuerda, reza así:

"Artículo 8°. Financiación de la Comisión de Regulación en Salud. La Comisión de Regulación en Salud se financiará con recursos del Fosyga incluyendo la remuneración de los Comisionados, la Secretaría Técnica y los costos de los estudios técnicos necesarios. Dichos estudios serán definidos y contratados por la Comisión."¹¹²

En relación con la anterior disposición, según se explicó anteriormente, corresponde a la Corte definir si la financiación de la Comisión de Regulación en Salud con cargo a los recursos del Fosyga, dispuesta por el artículo 8° acusado, implica un desconocimiento de la destinación específica de los recursos de la Seguridad Social en Salud a que alude el artículo 48 superior. Al respecto la Corte considera lo siguiente:

5.2 Conforme lo prescribe el numeral 5° del artículo 48 de la Constitución Política, "(n)o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella".

Sobre la destinación específica de todos los recursos de la Seguridad Social dispuesta por el inciso 5° del artículo 48 de la Constitución Política que se acaba de transcribir, la Corte ha hecho ver que se trata de una norma constitucional que no admite excepciones de ningún tipo. En este sentido ha afirmado que "*comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio*, lo cual es razonable pues unos y otros integran un todo indivisible, tal como se despende del principio superior de eficiencia..."¹¹³ (Negrillas fuera del original). Véase como al enfatizar en que todos los recursos de la Seguridad Social tienen destinación específica, la Corte ha aclarado que dicha destinación incluye tanto "*los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio*". Así pues, la misma Corporación se ha encargado de explicar que la destinación específica de los recursos parafiscales de la Seguridad Social en Salud no se desconoce por el hecho de que parte de los mismos se dirijan a financiar "*la organización y administración*" del Sistema. Además, como se lee, ha indicado que ello es así por razones que tocan con la materialización del principio de "*eficiencia*" que preside la prestación de dicho servicio de salud, principio que se orienta a lograr "la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente".¹¹⁴

Ya en ocasiones anteriores la Corte ha reconocido que la destinación de recursos de la seguridad social para financiar ciertos gastos administrativos, por ejemplo la administración del Régimen Subsidiado por parte de las ARS, no constituye desviación de los dineros de la Seguridad Social a otros fines ajenos al Sistema, contraria al artículo 48 superior, por cuanto sin esas tareas de coordinación no sería posible la realización eficiente de los actos médicos. En efecto en la Sentencia C-1489 de 2000¹¹⁵, se dijo al respecto lo siguiente:

"...si la labor de las ARS hace parte del RS, y es un componente esencial de su funcionamiento, no se puede tampoco decir que los dineros destinados a sufragar los gastos administrativos de esas entidades, que son necesarios para la prestación efectiva del servicio médico, constituyan una desviación de los recursos de la seguridad social a otros fines. En efecto, como bien lo destacan varios intervinientes, si no existieran las ARS, y el subsidio a la salud hubiera sido estructurado de otra forma, de todos modos subsistirían los costos de administración de ese régimen, que tendrían que ser financiados con los dineros previstos para el sistema de salud. En efecto, no tendría sentido que la ley previera dinero y subsidio únicamente para el acto médico, pero no financiara los otros pasos administrativos que hacen posible la atención del usuario de baja capacidad económica.

"Así, por ejemplo, si la ley hubiera optado por mantener un subsidio a la oferta y una financiación directa de los hospitales y centros de salud, de todos modos tendrían que existir entidades administrativas que coordinen la labor asistencial de esos hospitales y centros médicos, y que permitan el acceso de los usuarios de escasos recursos a esas instituciones prestadoras de salud. En tal contexto, ¿sería razonable suponer que la financiación de esa labor administrativa es un desvío de los recursos de salud? Obviamente que no, pues sin esas tareas de coordinación, no sería posible la realización eficiente de los actos médicos, a pesar de los subsidios a la oferta.

"En ese mismo orden de ideas, si la ley hubiera establecido que directamente las autoridades públicas locales debían administrar el subsidio a la demanda, de todos modos esa gestión implicaría costos administrativos, y sería igualmente irrazonable suponer que esos gastos son una desviación de los recursos de seguridad social a otros fines ya que, insiste la Corte, las personas pobres no pueden beneficiarse de esos subsidios, si no existe una organización administrativa eficiente que permita que el subsidio llegue al usuario que lo requiere, y que éste sepa como utilizarlo adecuadamente."¹¹⁶

En similar sentido, la Corte ha admitido que la destinación de los recursos de la Seguridad Social en Salud para financiar actividades de control y

vigilancia de dicho servicio público no desconoce lo preceptuado por el inciso 5° del artículo 48 superior:

"De lo expresado se deduce que la prohibición de utilizar los recursos de la seguridad social para fines diferentes, alude a la restricción de su manejo en programas distintos, así estén dirigidos a satisfacer otras necesidades básicas de similar importancia dentro del plexo de las necesidades sociales, mas dicha restricción no se extiende a las actividades de control y vigilancia que son inherentes al servicio público".¹¹⁷

Y en el mismo orden de ideas, la jurisprudencia ha aceptado que los honorarios de las juntas de calificación de invalidez pueden ser cubiertos con recursos de la Seguridad Social en Salud, sin que esto implique el desconocimiento de la destinación específica de tales recursos a que alude el numeral 5° del artículo 48 de la Constitución; véase:

"Los honorarios que los miembros de las juntas de calificación reciben por su trabajo provienen evidentemente de los recursos de la seguridad social, cuando son las entidades de seguridad social las que los pagan. No obstante, es evidente que el servicio que las juntas de calificación de invalidez prestan a la comunidad es un servicio relacionado con la seguridad social, pues constituye nada menos que la vía oficial por la cual el sistema califica la pérdida de capacidad laboral de sus beneficiarios. En esta medida, no es cierto que los recursos con que se pagan dichos honorarios se destinen a objetivos diferentes y ajenos a la seguridad social. Todo lo contrario: los honorarios de las juntas de calificación de invalidez financian una actividad íntimamente ligada con este aspecto de la realidad colombiana, por lo que es legítimo que provengan del mismo sistema."¹¹⁸

Así las cosas, resulta claro que la destinación específica de los recursos de la Seguridad Social en Salud, entre ellos las cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo, que tienen la naturaleza jurídica de ser contribuciones parafiscales¹¹⁹, no se ve descocida por el hecho de que se dediquen a financiar la organización y administración del Sistema. Ahora bien, dentro de dichos recursos se encuentran los que conforma el FOSYGA, que es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica,¹²⁰ que tiene por objeto "*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 la Ley.*"¹²¹

5.3 Visto lo anterior, lo que ahora debe preguntarse la Corte es si el financiamiento de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- con cargo a los recursos del FOSYGA implica una destinación de los mismos para fines diferentes de la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud. Y encuentra que para resolver esta pregunta es menester detenerse a estudiar si las funciones de la aludida Comisión son de aquellas que pueden considerarse como de "*organización y administración*" de dicho Sistema. Dichas funciones son las señaladas por el artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 que, se recuerda, reza así¹²²:

"Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

"1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

"2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.

"3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

"4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.

"5. Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

"6. Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.

"7. Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.

"8. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.

"9. Recomendar proyectos de ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.

"10. Adoptar su propio reglamento.

"11. Las demás que le sean asignadas por ley.

"Parágrafo 1°. El valor de pagos compartidos y de la UPC serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal, y el nuevo valor se determinará con fundamento en estudios técnicos previos.

"Parágrafo 2°. En casos excepcionales, motivados por situaciones de emergencia sanitaria que puedan afectar la salubridad pública, el Ministerio de la Protección Social asumirá temporalmente las funciones de la Comisión de Regulación en Salud.

"Parágrafo 3°. Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Al parecer de la Corte, las anteriores funciones, en especial las señaladas en los numerales 1° a 7°, corresponden a atribuciones de regulación socioeconómica que claramente pueden ser consideradas como de "organización" del Sistema de Seguridad Social en Salud. Por lo cual considera que la financiación del órgano llamado a cumplirlas con recursos provenientes del FOSYGA no implica una destinación de los mismos para objetos ajenos a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud. En tal virtud, se despachará como improcedente el cargo de inconstitucionalidad esgrimido en contra del artículo 8° de la Ley 1122 de 2007 por la presunta vulneración del inciso 5° del artículo 48 de la Constitución Política.

5.4 Adicionalmente, en el presente caso la Corte repara en que la financiación de la Comisión de Regulación en Salud- CRES- con cargo a los recursos del Fosyga tiene un fundamento razonable y no afecta la financiación del régimen subsidiado; lo anterior por dos motivos diferentes, uno de carácter cuantitativo y otro que tiene que ver con la destinación principal de los recursos de ese Fondo, dispuesta por la misma Ley.

En efecto, cuantitativamente hablando, debe tenerse en cuenta que con el objeto de alcanzar los objetivos perseguidos con la expedición de la Ley 1122 de 2007, incluido el de la creación de la CRES, el artículo 10 de la misma ley decretó un incremento en las cotizaciones, destinado especialmente a ampliar la cobertura del régimen subsidiado; de manera que, a partir de la expedición de la nueva Ley, el Sistema en general contará con mayores recursos de financiación, orientados especial pero no exclusivamente a desarrollar el principio de solidaridad.¹²³

Y de otro lado, el artículo 11 de la misma Ley 1122 de 2007 se preocupa concretamente de definir la forma de financiación del régimen subsidiado, mencionando los recursos de diversas proveniencias que se destinarán a ese propósito.¹²⁴ Entre ellos incluye aquellos procedentes del Fosyga, junto con otros de diversa fuente. De esta manera, la misma Ley privilegia la destinación de los recursos de dicho Fondo para esos fines de solidaridad y aumento de la cobertura de la población pobre, financiación que de esta manera viene a quedar legalmente garantizada.

Lo anterior, sin embargo, no impide que de dicho Fondo se tomen recursos para financiar a la Comisión de Regulación -CRES-, como el artículo 8° expresamente lo permite. Ahora bien, como arriba vio, sobre la suficiencia fiscal de esta medida, tanto en el corto como en el mediano plazo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió, dentro del trámite legislativo de aprobación de la Ley 1122 de 2007, la certificación correspondiente.

Así las cosas, la Corte no encuentra que la financiación de la Comisión de Regulación en Salud con cargo a los recursos del Fosyga implique la posible desatención o desmejora de los servicios de salud, ni imposibilidad de financiación o de ampliación progresiva de la cobertura del régimen subsidiado; lo anterior, por cuanto la misma ley dispone un incremento cuantitativo de los recursos de dicho Fondo y una orientación prioritaria de los mismos hacia los aludidos propósitos de expansión del Sistema.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE la expresión "*Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES), contenida en el artículo 3° de la Ley 1122 de 2007*", por los cargos examinados en la presente Sentencia.

SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLE el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, por los cargos estudiados, y condicionada a que se entienda que en dicha norma el legislador no autorizó a la Comisión de Regulación en Salud para fijar la tarifa de la tasa por la prestación de los servicios de salud a los usuarios, sino a establecer un sistema tarifario relativo a los pagos que las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud deben hacer a las instituciones que prestan servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales de la salud.

TERCERO: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos estudiados, la expresión "*La Comisión de Regulación en Salud se financiará con recursos del Fosyga incluyendo la remuneración de los Comisionados, la Secretaría Técnica y los costos de los estudios técnicos necesarios*", contenida en el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

AUSENTE EN COMISION

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

IMPEDIMENTO ACEPTADO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 *C.P. Artículo 333.* 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.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

2 *C.P. Artículo 334.* La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

3 *C.P Artículo 115.* *El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.*

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias <sic>, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

4 La intervención cita la sentencia C-176 de 1996, sobre intervención en medicina prepagada, la sentencia C-663 de 1996, sobre obligatoriedad

en la afiliación al sistema de seguridad social, la Sentencia C—542 de 1996, sobre pagos moderadores, la Sentencia C-599 de 1998, sobre núcleo esencial del derecho a la salud y determinación e los planes de beneficios, la Sentencia C-915 de 2002 sobre obligatoriedad de contratación con IPS pública, la Sentencia C-130 de 2004, sobre obligatoriedad de que las ARS sean entidades sin ánimo de lucro y la sentencia C-137 de 2007, sobre fijación de tarifas mínimas en materia de servicios de salud, entre otras.

5 En esta parte la intervención cita textualmente un estudio del Centro de Investigaciones Económicas de la Universidad de Antioquia titulado "Integración Vertical en el sistema de Salud Colombiano. Aproximaciones empíricas y análisis de doble marginalización." Mayo de 2006.

6 *Ibidem*.

7 M.P. Jaime Araujo Rentería.

8 Menciona de manera concreta las Sentencias C-272 de 1998 y C-150 de 2003.

9 M.P. Rodrigo Escobar Gil

10 M.P. Jaime Araujo Rentería.

11 M.P. Jaime Araujo Rentería

12 M.P. Jaime Araujo Rentería.

13 M.P. Jaime Araujo Rentería

14 Sobre la relación existente entre la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos fundamentales, puede verse la Sentencia C-247 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, MP: Manuel José Cepeda, donde la Corte examinó las competencias constitucionales para la regulación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios.

16 Ver entre otras, las sentencias C-284 de 1997, MP: Antonio Barrera Carbonell, C-263 de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell; y C-517 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 2003, MP: Manuel José Cepeda, ya citada.

18 *Ibidem*.

19 Sentencia C-741 de 2003. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

20 Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 *Ibidem*

22 *Ibidem*

23 "*CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

...

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

...

21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

...

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos."

24 "*CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTICULO 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.*

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios."

25 Sentencia C-150 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

26 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTICULO 370: "Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten."

27 Véase Sentencia C-1162 de 2000, M.P José Gregorio Hernández Galindo.

28 Véase *ibídem*.

29 Sentencia C-1162 de 2000, M.P José Gregorio Hernández Galindo

30 Sobre este tema puede consultarse la sentencia C-1120 de 2005, M.P Jaime Araujo Rentería.

31 Sentencia C-150 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

32 Estos apartes, se recuerda, son del siguiente tenor: "Artículo 3°. Comisión de Regulación en Salud: Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social."

33 Sentencia C-283 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

34 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

35 Sentencia C-337/93. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.1.1

36 Al respecto es importante tener en cuenta que el inciso primero del art. 1 de la Ley 819 de 2003 establece: "Artículo 1° Marco Fiscal de Mediano Plazo. Antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal, el Gobierno Nacional presentará a las Comisiones Económicas del Senado y de la Cámara de Representantes, un Marco Fiscal de Mediano Plazo, el cual será estudiado y discutido con prioridad durante el primer debate de la Ley Anual de Presupuesto..." El primer Marco Fiscal de Mediano Plazo fue presentado por el Gobierno el día 11 de junio de 2004 (Gaceta del Congreso 399 del 2 de agosto de 2004). Actualmente se encuentra vigente el Marco Fiscal de Mediano Plazo del año 2006. (ver www.minhacienda.gov.co)

37 Sentencia C-502 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

38 Proyecto de Ley 01 de 2006, Cámara. Autores: Dilyan Francisca Toro y los H. Representantes Sandra Rocío Ceballos Arévalo y Eduardo Benítez Maldonado.

Título. "*Por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política*"

Proyecto de Ley 02 de 2006 Cámara - 040 de 2006 Senado. Autor: Ministro de la Protección Social

Título. "*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*"

Proyecto de Ley 018 de 2006, Cámara. Autores: H. Representantes Gloria Stella Díaz, Alexandra Moreno, Manuel A Virguez

Título. "*Por el cual se modifica el Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud de la Ley 100 de 1993.*"

Proyecto De Ley 084 De 2006, Cámara. Autor: H. Representante Jorge Julián Silva Meche.

Título. "*Por la cual se reforma parcialmente la Ley 100 de 1993, y se dictan normas para la organización del régimen subsidiado y de la atención en salud de los vinculados.*"

Proyecto de Ley 130 de 2006, Cámara. Autor:H. Representante German Enrique Reyes Forero.

Título. "*Por el cual se reforman los libros Segundo y Tercero de la Ley 100 de 1993 y se crea el Sistema Integrado de Seguridad Social en Salud (SISESA)*"

Proyecto de Ley 137 de 2006, Cámara. Autor: H. Representante Venus Albeiro Silva Gómez.

Título. "*Por el cual se implementa el Sistema General de Seguridad Social en Salud a los Trabajadores y Trabajadoras del Arte y Gestores y Gestoras Culturales*"

Proyecto de Ley 140 de 2006, Cámara. Autores: H. Representantes Carlos Ramiro Chavarro Cuellar, Carlos Germán Navas Talero, David Andrés Luna Sánchez, Juan de Jesús Córdoba Suárez, Germán Varón Cotrino, Carlos Arturo Piedrahita Cárdenas, William Vélez Mesa, Nicolás Uribe, José Fernando Castro Caicedo, Wilson Alfonso Borja Díaz, Germán Enrique Reyes, José Joaquín Camelo Ramos, Crisanto Pizo Mazabuel, Jorge Julián Silva Meche, Samuel Benjamín Arrieta Buevas, Gustavo Petro Urrego

Título. "Por la cual se dictan normas sobre la prestación de servicios de salud "

Proyecto de Ley 141 de 2006, Cámara. Autores: H. Representantes Hernando Betancourt Hurtado, Pedro Nelson Pardo, Luis Fernando Almario, Orlando Montoya Toro, Oscar Arboleda Palacio, y Constantino Rodríguez.

Título. "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras normas en materia de recursos y competencias".

Proyecto de Ley 087 de 2006, Cámara - 01 de 2006 Senado. Autor: Ministro de la Protección Social.

Título. "Por la cual se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República y se dictan otras disposiciones".

Proyecto de Ley 20 de 2006, Senado. Autor: H. Senador Dieb Maloof Cuse.

Título. " Por la cual se hacen modificaciones en el sistema general de seguridad social en salud".

Proyecto de Ley 26 de 2006, Senado. Autor: Senadora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda

Título. "Por la cual se dictan normas para el fortalecimiento de las Instituciones Prestadoras de servicios de carácter público (IPS) de la red hospitalaria nacional y se dictan otras disposiciones"

Proyecto de Ley 38 de 2006, Senado. Autor: H. Representante Jaime Restrepo Cuartas

Título. "Por la cual se crea la Comisión de Regulación de Salud"

Proyecto de Ley 67 de 2006, Senado. Autores: H. S. Zulema Jattin, Armando Benedetti, Julio Manzur, y los H. R. Bernardo M. Elías, Eduardo Crissien, Erick Morris, Carlos Zuluaga, Luis A. Serrano, y otros.

Título. "Por la cual se promueve la universalización de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud".

Proyecto de Ley 116 de 2006, Senado. Autor: H. Senador Jorge Eliécer Ballesteros.

Título. "Por la cual se introducen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

Proyecto de Ley 122 de 2006, Senado. Autor: H. Senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona.

Título. "Por el cual se deroga el libro segundo, y se reforma el libro tercero de la Ley 100 de 1993, y algunos artículos referentes a salud, contenidos en la Ley 715 de 2001, y se constituye el Sistema Integral de Salud ".

Proyecto de Ley 128 de 2006, Senado. Autores: H. Senador Dieeb Maloof Cuse.

Título. "Por el cual se ordena la afiliación obligatoria de las Entidades Oficiales del Orden Nacional, Departamental y Municipal a la Administradora de Riesgos Profesionales del Instituto de Seguros Sociales".

Proyecto de Ley 143 de 2006, Senado. Presentado por el H. Senador Miguel Pinedo Vidal.

Título. "Por el cual se reforman los libros segundo y tercero de la Ley 100 de 1993 y se hacen algunas modificaciones en el Sistema General en Salud y se dictan otras disposiciones".

39 Publicado junto con la exposición de motivos correspondiente en la Gaceta del Congreso N° 264 de 28 de julio de 2006.

40 El proyecto en su artículo proponía crear una Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que haría los estudios técnicos que soportaran las decisiones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y que se financiaría con recursos del Fondo y Solidaridad y Garantía, Fosyga.

41 Sobre este asunto, en la exposición de motivos al proyecto acumulado, se hace el siguiente análisis de costos y de financiación: "Afiliar 6 millones de personas más con subsidio pleno costaría un billón trescientos mil millones adicionales al gasto actual y un millón adicional de subsidios parciales más el ajuste de los actuales costarían cerca de 200.000 millones adicionales. Para tener cobertura universal con estas ampliaciones y la continuidad de lo existente se requieren no menos de 1.700.000 millones de pesos adicionales que deberán definirse anualmente en los presupuestos del Fosyga y en el Presupuesto General de la Nación y que pueden incluir una importante transformación de por lo menos 500.000 millones de pesos de subsidios de oferta a demanda en el Sistema General de Participaciones." (Gaceta del Congreso 249 de 2006)

42 Dentro de las consideraciones para justificar la creación de la nueva Comisión de Regulación, se dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Tengo el gusto de presentar a consideración del honorable Congreso de la República, a través de la Cámara de Representantes, un proyecto de ley cuyo objeto es modificar la Ley 100 de 1993 al establecer una Comisión de Regulación en Salud de carácter autónomo y permanente, que asuma las funciones de la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud, entidad que se convertiría en asesora del Ministerio de Seguridad Social, por las siguientes razones:

La aplicación de la Ley 100 ha tenido grandes debilidades en Colombia, pues no ha existido un organismo capaz de diseñar las políticas y trazar las estrategias necesarias para que se avance en la solución de los principales problemas de salud del país. La actual Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud es un organismo demasiado grande y complejo, con representación específica de los diferentes organismos que tienen que ver con la organización, aseguramiento y prestación de los servicios de salud, que no se reúne con la suficiente periodicidad ni actúa con la debida diligencia para pensar con seriedad en la salud de los colombianos. Su labor está más dirigida a defender intereses particulares de las entidades que representan sus miembros, por lo que debería convertirse en una comisión asesora del Ministerio de la Protección Social y de ese modo sirviera como un instrumento de regulación y control.

"...

"La Comisión de Regulación en Salud deberá coordinar con la Superintendencia Nacional de Salud y con base en la información disponible, los informes del Sistema Nacional de Información en Salud y los datos que tiene a disposición el Ministerio de la Protección Social, el control de las entidades públicas y privadas que participan en el sistema para evitar la corrupción y velar por el buen manejo y distribución de los recursos.

Es necesario recuperar la dignidad de los profesionales de la salud, que se ha visto deteriorada y ha menoscabado la ética en el manejo y la prestación de los servicios de salud. Un médico que tenga que ver cuatro pacientes por hora y que se encuentre limitado en el uso de medicamentos, exámenes y traslados, no tiene el tiempo ni la autonomía necesaria para ejercer con dignidad su profesión y está pensando más en consideraciones económicas que en prestar un servicio eficaz, eficiente y humano. La nueva Comisión de Regulación en Salud deberá elaborar las reglamentaciones necesarias para que le permita a los profesionales de la salud, con base en su ética profesional, prestar un servicio de alta calidad y ejercer el control requerido.

...".(Gaceta del Congreso N° 264 del 28 de julio de 2007)

43 Sobre la forma de financiación de esta iniciativa global, en esta exposición de motivos se dijo: "El proyecto de ley incrementa los recursos para el Régimen Subsidiado en un 38% en comparación con su nivel actual. Así la asignación de las fuentes del Régimen Subsidiado, que sin proyecto serían de \$4.4 billones para el 2007, pasaría a ser \$6 billones en el mismo año y de \$6.5 billones en el año 2010 en pesos corrientes.

FUENTES DE RECURSOS SOSTENIBILIDAD Y NUEVA COBERTURA

	SIN PROYECTO	CON PROYECTO	
	2007	2007	2010
Punto de Cotización RC	868.784	868.784	970.211
Aporte del PPN (Deuda) 94-96	100.000	100.000	100.000
Aporte del PPN (Deuda Paripassu)	286.699	286.699	349.276
Cajas	81.904	81.904	90.806
Rendimientos y Otros	151.540	151.540	4.862
Excedentes Fosyga	351.419	351.419	-
Esfuerzo Territorial Actual	371.813	371.813	418.230
SGP	2.139.363	2.139.363	2.805.007
Cajas Propias	57.256	57.256	58.024
Punto de Cotización Adicional	-	868.784	970.211
Fonede	-	74.720	83.444
Sistema General de Participaciones Transformación	-	543.632	619.474
Total	4.410.786	5.897.922	6.471.554
	DIFERENCIA	1.487.136	

Fuente: Proyecciones con información suministrada por Minhacienda y el DNP 2006.

Estos recursos podrán garantizar la cobertura universal del 100% de la población nivel 1 y 2 del Sisbén no cubierta por el Régimen Contributivo, que se encuentra estimada en 19.2 millones de personas en el año 2007 y en 24.1 millones en el año 2010. La población Sisbén 3 no asegurada en otro régimen quedará también cubierta con subsidios parciales en un 100%, incluyendo los 4,8 millones de sisbenizados identificados en el año 2010 con subsidios parciales.

El incremento de los recursos disponibles se explica por las siguientes variaciones como consecuencia de este proyecto de ley, así:

Actualmente el Sistema General de Participaciones está aportando \$2.1 billones en el año 2007; pasaría a aportar \$2.7 millones en el mismo año con los recursos transformados de oferta en demanda, de aprobarse la ley. También se dispone de los recursos para garantizar la sostenibilidad de largo plazo de la cobertura, continuando su incremento a razón del 8% anual, hasta llegar a \$3.4 billones en el año 2010. Estos incrementos superan el crecimiento económico, estimado en el 4%, y se explican por la transformación de subsidios de oferta en demanda, desde el 52% del valor del SGP en el año 2007 sin reforma de la ley, para pasar al 65% en el año 2010.

Con esta ley, la cotización obrero patronal se elevará en un punto porcentual, pasando de 12% al 13% de la base salarial de cotización. De los

cuales dos puntos quedarán asignados al Régimen Subsidiado, llevando el aporte de solidaridad de \$0,87 billones en el 2007 sin reforma de ley, hasta casi duplicarse el mismo año por efecto de la ley, alcanzando un valor de \$1,6 billones. Si a este valor se suman los rendimientos y los excedentes financieros, los aportes recaudados por el Fosyga pasarán de \$2.2 billones en 2007 hasta \$2.5 billones en el 2008. Cuando se agoten los excedentes y se estabilicen en aportes, su valor se estabilizará en \$1.9 billones anuales desde el año 2010.

El *Pari Passu*, incluyendo el pago de la deuda de años anteriores y el aporte corriente se incrementará desde \$0.39 billones en el año 2007 hasta llegar a los \$0,45 billones en el año 2010. No obstante lo cual el Ministerio de Hacienda garantizará la sostenibilidad de la cobertura conseguida para entonces.

Los recursos del Fonede, como fuente nueva, son reasignados por esta ley en beneficio del Régimen Subsidiado y significan un aporte de \$0.75 billones en el año 2007 para convertirse en \$0.83 billones por efecto de su crecimiento del 4% anual.

El esfuerzo territorial de departamentos y municipios se facilita con la ley al definir con más nitidez la asignación de los recursos de loterías, juegos de azar, y Etesa como contrapartida en los procesos de cofinanciación del Fosyga. Aunque las proyecciones elaboradas solo con un crecimiento vegetativo, se incrementan desde su nivel actual de \$0.37 billones hasta llegar a \$0,42 billones en el año 2010, un pequeño incremento de las mismas permitiría la cobertura universal en el nivel 3 del Sisbén con un POS parcial equivalente al 50% del POS subsidiado pleno." (Gaceta del Congreso 249 de 26 de julio de 2006)

44 Gaceta del Congreso 510 de 3 de noviembre de 2006.

45 En efecto, en la ponencia para primer debate que aparece publicada en la Gaceta del Congreso N° 514 del 7 de noviembre de 2007, se lee lo siguiente:

El sistema financiero para la salud se nutrirá de las siguientes fuentes básicamente:

RECURSOS FISCALES:

- Recursos del monopolio de juegos a través de ETESA.
- Excedentes de la liquidación de los contratos de las subcuentas y de la atención de eventos.
- Recursos del SGP y otras transferencias de la nación.
- Recursos del SGP destinados a acciones colectivas
- Partida anual del presupuesto nacional equivalente a una doceava del monto total de las cotizaciones recaudadas en el régimen contributivo en el año anterior.
- Recursos de las Empresas petroleras en fase de explotación de hidrocarburos.
- Recursos del impuesto a compra de armas de fuego.

RECURSOS PARAFISCALES:

- Contribución obrero-patronal.
- Aportes de las cajas de compensación familiar.
- Cotización de los ingresos de los trabajadores independientes
- Cotización de empresarios para riesgos profesionales.
- Aportes de las cajas de compensación
- Recursos del SOAT y FONSAT.
- Rendimientos financieros.

La iniciativa incluye la estructuración con tecnología de punta de un Sistema Integrado de Información en Salud, SIINS, que contribuya a controlar los graves problemas de evasión y elusión de los recursos del sistema a obtener una base de datos confiable y a mejorar la precaria vigilancia y control.

Se estructura un completo y riguroso Sistema de inspección, vigilancia y control a nivel nacional y territorial, con instancias de interventoría y auditoría especializada en salud, administración por resultados con base en indicadores de gestión, control interno, control social y se concreta la figura del Defensor del Paciente.

"

46 Gaceta del Congreso 563 de 23 de noviembre de 2006.

47 Ver Gacetas del Congreso 562 y 563 de 2006. en esta última, se lee al respecto lo siguiente.

"Las propuestas financieras del proyecto de ley

El proyecto propone cobertura universal de aseguramiento para los niveles I, II y III del Sisbén de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al régimen Subsidiado y obligatoriedad del Gobierno Nacional y el Congreso de la República para garantizar en las leyes de presupuesto de los próximos tres años los recursos necesarios para lograr dicha cobertura.

Se plantea elevar la cotización obrero patronal con cargo a los empresarios en un cero punto cinco por ciento pasando el total de la cotización de 12 a 12.5%, de los cuales 1.5 puntos quedarán asignados al Régimen Subsidiado, incluidos los regímenes especiales y de excepción.

En cuanto a los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, SGP, se destinarán hasta en un 65% al régimen subsidiado en salud. Igualmente se destinará el 93% de los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos de ETESA y por lo menos el 25% de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y del Distrito Capital, otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del régimen subsidiado.

Prevé que las cajas de compensación continúen con los aportes del 5 y 10% de sus recaudos en proporción a su cociente de recaudo.

Se plantea que los recursos del régimen subsidiado de salud transferidos por el Sistema General de Participaciones y el Fondo de Solidaridad y Garantía se deben distribuir dentro de los municipios y distritos buscando conseguir la equidad territorial.

El Gobierno Nacional aportará un monto por lo menos igual a lo aprobado en el presupuesto de la vigencia del año 2007 cuyo monto fue de doscientos ochenta y seis mil novecientos cincuenta y tres (\$286.953) millones y garantizará los recursos necesarios para cumplir con el proceso de universalización.

Usos del Sistema General de Participaciones en Salud 2006-2010						
Año	Crecimiento Real* %	Total SGP Salud	Salud Pública	Régimen Subsidiado	Total Oferta	Part. Rég. Subsidiado/SGP Salud %
2006		3.857.648.258.032	399.914.204.428	1.954.948.966.924	1.502.785.086.680	50,68
2007	2,50	4.127.683.636.096	417.910.343.628	2.139.362.876.888	1.570.410.415.580	51,83
2008	4,00	4.457.898.326.982	434.626.757.373	2.390.044.737.406	1.633.226.832.203	53,61
2009	4,00	4.792.240.701.506	449.838.693.881	2.652.012.236.295	1.690.389.771.331	55,34
2010	3,50	5.103.736.347.104	463.333.854.697	2.899.301.027.936	1.741.101.464.470	56,81

Inflación: 4,5%: 2006; 4%: 2007; 3,5%: 2008; 3%: 2009 en adelante.

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se autoriza a los municipios y departamentos para destinar, por una sola vez, recursos no comprometidos, provenientes del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera, FAEP, y del Fondo Nacional de Regalías, para el pago de las deudas con el régimen subsidiado de salud que estén debidamente registradas y reconocidas. Si las EPS con las que se tengan estas cuentas le adeudan a la red de prestadores, el FAEP y el Fondo Nacional de Regalías realizarán el giro directo a las instituciones prestadoras de servicios de salud de la red pública, previa revisión de las cuentas pendientes con el régimen subsidiado."

48 Confrontar en la página informativa de la Secretaría del Senado de la República, <http://www.secretariasenado.gov.co/antecedentesley.asp>, octubre 18 de 2007.

49 Recuérdese que conforme al artículo 8° de la Ley acusada, los gastos que genere la Comisión de Regulación en Salud –CRES- serán cubiertos con cargo al FOSYGA, y que los recursos que alimentan este Fondo se verá incrementados por lo dispuesto en el artículo 10 de la misma Ley.

50 Acta de Plenaria 029 del 4 de Diciembre de 2006 Cámara. Gaceta del Congreso N° 10 de 2007. Págs 28, 29, y 30.

51 Intervención del h. senador Germán Antonio Aguirre Muñoz. Acta de Plenaria 31 del 28 de Noviembre de 2006 Senado. Gaceta del Congreso N° 39 del 9 de febrero de 2007.

52 El proyecto de ley fue aprobado en segundo debate durante los días 5 y 6 de diciembre de 2006 en el Senado de la República y 5 de diciembre del mismo año en la Cámara de Representantes.

53 Negrillas fuera del original.

54 Gaceta del Congreso N° 649 de 2006.

55 M.P. Jaime Araujo Rentería

56 Cf. Sentencia C- 569 de 2004, M.P Rodrigo Uprimny Yepes.

57 M.P. Jaime Araujo Rentería

58 Sentencias C- 711 de 2001, C- 731 de 2000, C-1067 de 2002, Corte Constitucional ; entre otras.

59 Diccionario de la Real Academia Española, Madrid 1992

60 Este inciso, se recuerda, dice lo siguiente: "*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*"

61 Esta norma se complementa con lo dispuesto por los artículos 42 y 46 de la Ley 715 de 2001, que explican que la atención básica en salud es un concepto que coincide con el de "salud pública" a cargo de la Nación y de las entidades Territoriales. En efecto, dichas normas dicen así:

"Ley 715 de 2001:

...

Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

...

42.12. Definir las prioridades de la Nación y de las entidades territoriales en materia de salud pública y las acciones de obligatorio cumplimiento del Plan de Atención Básica (PAB), así como dirigir y coordinar la red nacional de laboratorios de salud pública, con la participación de las entidades territoriales.

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

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

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

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

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

62 El texto del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 es el siguiente:

Artículo 187. De los pagos Moderadores. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el Sistema, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía.

PARAGRAFO. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Mediante la Sentencia C-542 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), este artículo fue declarado exequible condicionadamente. El texto de la parte resolutoria de esta sentencia, dice así.

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

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes, salvo la expresión " y la antigüedad de afiliación en el Sistema" contenida en el inciso 2o. de ese mismo artículo 187, la cual se declara INEXEQUIBLE.

Segundo.- Los recursos provenientes de los pagos moderadores a que se refiere el inciso 3o. del artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, declarado exequible en el numeral anterior, se entiende que son recursos parafiscales, en los términos de esta sentencia.

En consecuencia por unidad normativa declárase EXEQUIBLE el parágrafo 1o. del artículo 182 de la Ley 100 de 1.993."

63 De conformidad con lo resuelto en la Sentencia C-542 de 1998, estos recursos deben considerarse de naturaleza parafiscal.

64 El régimen legal de los pagos moderadores venía siendo regulado por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por los Decretos 2357 de 1995 y Decreto 806 de 1998, y desarrollado por los Acuerdos 30 de 1996, 117 de 1998 y 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

65 Tal y como se deduce de lo reglado por el artículo 15 de la misma Ley 1122 de 2007, la integración vertical consiste en la práctica de que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) contraten con sus propias IPS sus gastos de salud, práctica que se ha visto como limitativa de la libertad del usuario del sistema y reductora de la calidad del mismo. Por esa razón, el mencionado artículo 15 de la Ley dice así:

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

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

66 *ARTICULO 150.* Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones

...

21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

67 Es decir, los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (copagos) que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están llamados a cubrir.

68 Sobre este asunto, en la Sentencia C-577 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte explicó que "*(s)egún las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, reúne los requisitos de una típica contribución parafiscal. Sin embargo, esta contribución corresponde al aporte de que trata el artículo 49 de la Carta, ya que se destina, precisamente, a financiar el servicio público de salud, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.*"

En este mismo fallo la Corte agregó que "*(l)a cotización de seguridad social en salud es una contribución parafiscal de aquellas reguladas por lo dispuesto en la Carta y por ello la Ley puede delegar en otras autoridades la fijación de la tarifa correspondiente, siempre que establezca el sistema y método para calcularla, así como el modo de hacer el reparto de los costos y beneficios que tiende a sufragar. Pero al mismo tiempo, por tratarse de un aporte al sistema general de seguridad social en salud, la tarifa de la cotización debe ser fijada conforme a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. Para que la tarifa cumpla con la función que se le asigna en materia de tasas y contribuciones, no conviene que esté consagrada en una norma de carácter legal que, por su naturaleza, tiene pretensiones de estabilidad. Por el contrario, la fijación del monto de la tarifa debe realizarse a través de actos que le permitan cierta flexibilidad atendiendo a los costos de los bienes o servicios que ella sufraga o financia*".

69 M.P. Jaime Araujo Rentería.

70 Según la ponencia antes transcrita entre dichos destinatarios también estarían las Empresas Sociales del Estado -ESE- y las Redes.

71 Informe de Ponencia para Segundo Debate en la Cámara al Proyecto de Ley 02 de 2006 Cámara, 040 de 2006 Senado, publicado en la Gaceta del Congreso N° 562 del 23 de noviembre de 2006

72 C.P. Art. 338: *...La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.*

73 Ver, entre otras muchas, las sentencias C-144 de 1993 y C-482 de 1996.

74 Sentencia C-465 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

75 Conforme a esta norma el valor de esta Unidad se establece "en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riegos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud." Dicha Unidad, según la misma disposición es el valor *per cápita* que el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce a cada Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado.

76 Recuérdese que como se deduce de lo reglado por el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, la integración vertical consiste en la práctica de que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) contraten con sus propias IPS sus gastos de salud, práctica que se ha visto como limitativa de la libertad del usuario del sistema y reductora de la calidad del mismo.

77 Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 040 de 2006 Senado, 02 de 2006 Cámara, que aparece publicada en la Gaceta del Congreso N° 510 del tres de noviembre de 2006

78 El texto de la disposición, se recuerda, es el siguiente: "7. *Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.*

79 Sentencia C-898 de 2003, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

80 La salud de los niños es *per se* un derecho fundamental, pues así lo dispone el artículo 44 superior; la jurisprudencia también lo estima así en el caso de las personas de la tercera edad y de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Cf Sentencia C-615 de 2002

81 Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la dignidad e incluso al libre desarrollo de la personalidad. Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU.039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01.

82 Cf. Sentencias C-616 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil, C-615 de 2002, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra y c-898 de 2003, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

83 Sentencia C-615 de 2002. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

84 *LEY 100 DE 1993 ARTICULO 8.- Conformación del Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley."*

85 Para la administración del sistema de seguridad social en salud la Ley 100 de 1993 prevé la existencia de 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 las 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. (Ley 100 de 1993, art. 85)

86 *LEY 100 DE 1993. ARTICULO 153. Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:...*

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.

87 *LEY 100 DE 1993 ARTICULO 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:*

- a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley;
- b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;
- c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;
- d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;
- e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;
- f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;
- g) Evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes;
- h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

PARAGRAFO. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al Gobierno Nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.

88 Sentencia C-898 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

89 En efecto, estos recursos son de naturaleza parafiscal cuando provienen de las cotizaciones, o en el caso del régimen subsidiado provienen del denominado Sistema General de Participaciones (antiguamente transferencias y participación en los ingresos corrientes de la Nación), de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del fondo de solidaridad y garantía Fosyga, así como aquellos que provengan del esfuerzo fiscal territorial y se destinen a esos efectos. Cf. Ley 715 de 2001 artículo 47 y Ley 100 de 1993, art. 219

90 En la Sentencia C-915 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, conforme al cual las entidades administradoras del régimen subsidiado -ARS- deben comprometer ciertos porcentajes de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada -UPSC-S- en la contratación de servicios con instituciones prestadoras de servicios de salud públicas. El demandante sostenía que la norma vulneraba los principios de libertad económica, de empresa y de competencia a los que hace referencia el artículo 333 superior, pues, en su criterio, no era otro el efecto de la limitación a la actividad contractual contenida en el precepto acusado. La Corte en esta oportunidad sostuvo que la norma que examinaba no atentaba contra los principios de la libre competencia y de la libertad de empresa pues dichos principios debían armonizarse con las potestades especiales de intervención y con los principios y reglas propios de los servicios públicos, y en especial de los servicios públicos de seguridad social y de salud. Agregó que resultaba plausible la finalidad de la norma acusada en cuanto la ley podía determinar cómo se debía de prestar el servicio de seguridad social, toda vez que "la Carta no se inclina por un sistema excluyente de prestación del mismo y asegurar para la sociedad que los agentes públicos que actúen directamente lo hagan en condiciones de igualdad, en cuanto a calidad y eficacia; de otra parte, habida cuenta del origen de los recursos económicos destinados al régimen subsidiado, bien puede la ley establecer reglas tendientes a proteger la red pública hospitalaria sin que se afecten los principios propios del Sistema de Seguridad Social en Salud ni el ejercicio de una actividad que ha sido diseñada legalmente para que se ejercite y realice en concurrencia por organismos públicos y privados."

Esta jurisprudencia fue reiterada en la Sentencia C-331 de 2003, (M.P. Rodrigo Escobar Gil) en donde la Corte decidió que "(...) no contradice los principios de la seguridad social y en particular el de la eficiencia, que la ley disponga que un porcentaje de los recursos del régimen subsidiado deba contratarse con IPS públicas, cuando éstas estén en capacidad de prestar el servicio en las condiciones de cantidad y calidad requeridas (...)" . Teniendo en cuenta que "(...) no se está reservando una actividad, o excluyendo de la misma a los particulares, sino disponiendo la manera como va a cumplir una obligación a su cargo y el destino de los recursos públicos disponibles para el efecto (...)" La Corte consideró que "(...) no se trata, se insiste, de que el Estado se reserve una actividad imponiendo a todos la obligación de contratar con entidades públicas, para lo cual se requeriría agotar la condiciones previstas en el artículo 365 de la Constitución, sino que dispone sobre el destino de unos dineros públicos con cargo a los cuales debe desarrollarse una responsabilidad que la ley ha confiado a las entidades territoriales del Estado." En este caso la Corte también consideró que "(...) no se desconoce el principio de igualdad, cuando el legislador, al regular la manera como deben concurrir el Estado y los particulares a la prestación del servicio de salud, dispone que un porcentaje de los recursos con los que cuentan las entidades territoriales para la atención de sus responsabilidades en el régimen subsidiado deba contratarse por las respectivas ARS con IPS públicas."

91 Ver Sentencia C-898 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

92 Sentencia C-615 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

93 Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

94 Ver Sentencia C-898 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

95 Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

96 Sentencia C-898 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

97 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

98 Constitución Política de Colombia; artículo 333.- 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. || (...) || El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. || La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.; artículo 334.- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para reconciliar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (...). (acento fuera del original)

99 En la sentencia T-291 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte indicó que "(...) las limitaciones constitucionales de la 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." (acento fuera del original) En el caso concreto también analizó el derecho a la igualdad. Se consideró que "[l]a actuación de la Alcaldía de Armenia vulneró el derecho a la igualdad de oportunidades del petente, al dar un tratamiento diferente a la calle donde está situado su local comercial - zona céntrica -, sin justificación objetiva y razonable. No puede la autoridad pública establecer diferencias de trato sin justificación objetiva y razonable entre agentes económicos dedicados a un mismo género de actividad - Casino Bingo de Armenia y T.V. Bingo Familiar -, a riesgo de colocar a alguno de ellos en situación de desventaja, vulnerando así el derecho constitucional de la igualdad (CP Art. 13)"

100 Constitución Política, artículos 333 y 334.

101 Corte Constitucional, sentencia T-291 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta sentencia la Corte consideró que "[l]as actuaciones administrativas de autorización y control, sean regladas o discrecionales, deben estar soportadas en motivos conocidos y poder ser jurídicamente fundamentadas y judicialmente controlables, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad. El incumplimiento de estas exigencias significaría, por otra parte, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, hipótesis que entrará a analizarse inmediatamente en relación con las actuaciones de la autoridad pública acusada." Corte Constitucional, sentencia C-398 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En este fallo "(...) insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado." Con relación a la norma acusada en esta oportunidad, dijo la Corte: "En el caso de la disposición enjuiciada, si bien no estamos frente a una intervención estatal directa en la economía con base en un mandato de la ley, es claro que se trata del desarrollo de facultades extraordinarias para adecuar la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con el objeto de hacerla posible y efectiva, así como para facilitar que se cumplan los aludidos fines constitucionales y los de la Ley 101 de 1993, que necesariamente exigen comprender la libertad económica en su cabal sentido, no absoluto ni exento de controles, ni excluido de las políticas económicas del Estado, sino razonable y adecuado a la finalidad social que la inspira y la condiciona."

102 Conforme a este inciso: "la ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita."

103 Centro de Investigaciones Económicas, INTEGRACIÓN VERTICAL EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO: APROXIMACIONES EMPÍRICAS Y ANÁLISIS DE DOBLE MARGINALIZACIÓN, Jorge Restrepo Zea, John Fernando Lopera y Sandra Rodríguez, ,ayo de 2006.

104 Centro de Investigaciones Económicas, INTEGRACIÓN VERTICAL EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO: APROXIMACIONES EMPÍRICAS Y ANÁLISIS DE DOBLE MARGINALIZACIÓN, Jorge Restrepo Zea, John Fernando Lopera y Sandra Rodríguez, ,ayo de 2006.

105 C.P. Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias <sic>, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

106 Cfr. Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

107 Ver *ibídem*

108 Cfr. Sentencia C-1052 de 2001

109 Cfr. Sentencia C-362 de 2001

110 El texto de este numeral, se recuerda, asigna a la CRES la función de "Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada."

111 La Corte ha explicado que "a veces los textos legales admiten interpretaciones distintas, y algunas de ellas pueden ser contrarias a la Constitución. Una primera vía por medio de la cual esta Corte se ve obligada a controlar –en forma indirecta– la constitucionalidad de ciertas interpretaciones es entonces cuando uno de esos textos es demandado por un ciudadano, puesto que no puede el juez constitucional expulsarlo del ordenamiento, por cuanto el artículo acusado admite ciertas interpretaciones constitucionales, pero tampoco puede la Corte declararlo exequible en forma pura y simple, por cuanto estaría legitimando ciertos entendimientos del mismo contrarios a la Carta. En esos eventos, la única alternativa es recurrir a una sentencia interpretativa o condicionada, y declarar exequible el texto legal, pero expulsando del ordenamiento el entendimiento de ese texto que resulta contrario a la Carta." Cf. Sentencia C- 569 de 2004, M.P Rodrigo Uprimny Yepes.

112 Los apartes subrayados y resaltados son los demandados.

113 Sentencia C-1040 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

114 Ley 100 de 1993, artículo 2° literal a).

115 M.P Alejandro Martínez Caballero.

116 En esta oportunidad el demandante y varios intervinientes consideraban que las disposiciones acusadas establecían una intermediación obligatoria de las ARS (Administradoras del Régimen Subsidiado) en la gestión del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, que genera un sobre costo en el sistema, ya que buena parte de los recursos se quedaban en las arcas de dichas administradoras. Según su parecer, esta situación desconocía los principios de eficiencia y universalidad que orientan la seguridad social, pues esos gastos eran innecesarios, generaban corrupción y representaban un obstáculo para que la seguridad social en salud lograra una cobertura progresiva para toda la población colombiana. Además, argumentaban estos que la transferencia de esos dineros para las ARS implicaba una desviación de esos fondos, que vulneraba el mandato constitucional según el cual los recursos de las instituciones de la Seguridad Social no pueden ser destinados a fines diferentes a ella (CP art. 48)

117 Sentencia C-731 de 2000. MP Antonio Barrera Carbonell. En este pronunciamiento, al estudiar la constitucionalidad del artículo 98 de la Ley 488 de 1998, que creó la Tasa a favor de la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte sostuvo que solo por excepción, no se oponía a la destinación especial de los recursos de la Seguridad Social, la tasa que con cargo a dichos recursos debían pagar las entidades que se encuentran bajo la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Salud.

118 Sentencia C-1002 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

119 Sobre la naturaleza parafiscal de las cotizaciones al sistema de seguridad social en Salud la Corte ha dicho:

"Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud". (Sentencia C-577 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Doctrina reiterada en las Sentencias SU-480 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, entre otras.)

120 Cf. Ley 100 de 1993, artículo 218. Los artículos 119 y siguientes de la Ley 100 de 1993 señalan las sub cuentas que conforman el Fosyga, y la manera como se financia cada una de ellas.

121 Cf. Ley 100 de 1993, artículo 156 literal L).

122 El numeral 7° de esta disposición fue demandado dentro de este mismo proceso y el examen de constitucionalidad correspondiente está contenido en las consideraciones anteriores de esta misma Sentencia.

123 "Artículo 10: Modifícase el inciso 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)."(Negrillas y sub rayas fuera del origina)

124 Artículo 11. Modifícase el artículo 214 de la Ley 100, el cual quedará así:

Artículo 214. Recursos del Régimen Subsidiado. El régimen subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

1. De las entidades territoriales.

a) Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, SGP.S, que se destinarán previo concepto del Conpes, y en una forma progresiva al Régimen Subsidiado en Salud: En el año 2007 el 56%, en el año 2008 el 61% y a partir del año 2009 el 65%, porcentaje que no podrá ser superado. El porcentaje restante se destinará, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para financiar la atención de la población pobre no asegurada, las actividades no cubiertas por subsidio a la demanda y a las acciones en salud pública;

b) Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial;

c) Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, a partir del año 2009, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinará por lo menos el 25% a la financiación del régimen subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial. Para los años 2007 y 2008 se mantendrá en pesos constantes el monto de los recursos de rentas cedidas asignados al régimen subsidiado en la vigencia 2006;

d) Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del régimen subsidiado;

e) Los recursos propios y los demás que asignen las entidades territoriales al régimen subsidiado, diferentes a los que deben destinar por ley, deberán estar garantizados de manera permanente.

2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

a) Uno punto cinco de la cotización del régimen contributivo y de los regímenes especiales y de excepción;

b) El Gobierno Nacional aportará un monto por lo menos igual en pesos constantes más un punto anual adicional a lo aprobado en el presupuesto de la vigencia del año 2007 cuyo monto fue de doscientos ochenta y seis mil novecientos cincuenta y tres millones de pesos (\$286.953.000.000,00). En todo caso el Gobierno Nacional garantizará los recursos necesarios para cumplir con el proceso de universalización de la población de Sisbén I, II y III en los términos establecidos en la presente ley;

c) El monto de las cajas de compensación familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

3. Otros.

a) Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones;

b) Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el régimen subsidiado;

c) El 15% de los recursos adicionales que a partir de 2007 reciban los municipios, distritos y departamentos como participación y transferencias por concepto de impuesto de rentas sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana;

d) Los recursos que aporten los afiliados que tienen derecho a subsidio parcial y que quieran optar al subsidio pleno o al POS del régimen contributivo.

Parágrafo. Los recursos del régimen subsidiado de salud transferidos por el Sistema General de Participaciones y el Fondo de Solidaridad y Garantía se distribuirán dentro de los municipios y distritos con criterio de equidad territorial. En todo caso, se garantizará la continuidad del aseguramiento de quienes lo han adquirido, siempre y cuando cumplan los requisitos para estar en el régimen subsidiado." (Negrillas y sub rayas fuera del origina)

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 19:58:25