



## Sentencia 979 de 2010 Corte Constitucional

SENTENCIA C-979/10

Referencia: expediente D-8125

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6, inciso 23 (parcial) de la Ley 1151 de 2007 "*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*".

Actor: Juan Carlos Moncada Zapata

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, DC., primero (1) de diciembre de dos mil diez (2010).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

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

### SENTENCIA

#### I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Juan Carlos Moncada Zapata presentó acción pública de inconstitucionalidad contra el inciso 23 del artículo 6º (parcial) de la Ley 1151 de 2007 "*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*".

Por auto de ocho (8) de junio de 2010, se admitió la demanda en referencia -una vez corregida- y, se ordenó su fijación en lista. Así mismo, se dispuso dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y se comunicó la iniciación del asunto a los señores Presidentes de la República y del Congreso, al igual que a los Ministros del Interior y de Justicia, de la Protección Social, de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación y a la Defensoría del Pueblo. Igualmente se invitó a participar a las Secretarías de Salud de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Federación Nacional de Municipios, Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI-, así como a las facultades de derecho de las Universidades Nacional de Colombia, Javeriana, Andes, Externado de Colombia, Eafit y Rosario, con el objeto de que, si así lo estimaban, conceptuaran sobre la constitucionalidad de los artículos demandados.

#### II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se resalta y subraya el aparte de la disposición demandada:

"Ley 1151 de 2007

(Julio 24)

Diario Oficial 46700 de 25 de julio de 2007

#### CAPITULO II.

#### DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES PROGRAMAS DE INVERSIÓN.

ARTÍCULO 6o. DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES PROGRAMAS DE INVERSIÓN. La descripción de los principales programas de inversión que el Gobierno Nacional espera ejecutar durante la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, es la siguiente (...)

3.

3.3...

Inciso 23

'(...) Para garantizar lo establecido en el parágrafo 2o del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados; los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio. Asimismo, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo para autorizar o renovar el funcionamiento de las EPS, en particular al momento de verificar sus redes de servicios. (...)".

### III. LA DEMANDA

El actor manifiesta que el aparte de la disposición que se demanda vulnera los artículos superiores 1º, 58, 151 y 287 -autonomía territorial, derechos adquiridos y reserva de ley orgánica-, el artículo 38 Superior -derecho de libre asociación-, el artículo 152 Superior -reserva de ley estatutaria-, el citado artículo 1º de la Constitución Política respecto del principio democrático y participativo propio del Estado Social de Derecho.

Antes de enlistar los cargos por los cuales acusa de inconstitucional la disposición demandada, el actor hace referencia a una cuestión previa que tiene que ver, a su juicio, con la inexistencia de cosa juzgada en relación con la sentencia C-714 de 2008.

Cuestión Previa. Inexistencia de cosa juzgada.

Los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y en este sentido ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución (Art 243 CP). Por ello, de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional debe rechazar las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada (Artículo 6º del Decreto 2067 de 1991). En ese orden, el actor a través del siguiente cuadro indica los cargos que se alegaron en la demanda y que fueron materia de la sentencia C-714 de 2008:

| Sentencia C-714-2008 |   |                                |  |
|----------------------|---|--------------------------------|--|
| Cargos planteados    |   | Cargos efectivamente resueltos |  |
| Cargo                |   | Fundamento jurídico            |  |
| 1                    | Incompetencia de la Presidenta del Congreso para sancionar la ley.                                      | 5<br>8                         | Sanción de la Ley 1151 de 2007 por parte de la Presidenta del Congreso - Competencia de la Presidenta del Congreso para Sancionar la ley.                                  |
| 2                    | Unidad de materia.  | 9                              | Unidad de materia.   |
| 3                    | Visto bueno del Gobierno.   | 10                             | Visto bueno del Gobierno - Falta de Aval del Gobierno Nacional para incluir modificaciones al Plan de Inversiones Públicas. Equilibrio financiero del plan de inversiones. |
| 4                    | Destinación específica de los recursos de la seguridad social.  | 11                             | Principio de destinación específica de los recursos de la seguridad social.  |
| 4                    | Prohibición de destinar recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella. | 11                             | Prohibición de utilizar recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella - <i>problema resuelto de manera condicionada.</i>               |
| 4                    | Derecho de asociación de los municipios.  |                                | Cargo NO RESUELTO.   |
| 5                    | Libre competencia y reserva de ley de intervención económica. Derecho de asociación de los municipios.  |                                | Este cargo fue presentado únicamente contra el artículo 146 de la Ley 1151 de 2007.  |

Desde ese punto de vista para el actor operó la cosa juzgada respecto a temas como: i. Unidad de materia. ii. Visto bueno del Gobierno para incluir modificaciones al Plan de Inversiones Públicas. iii. Principio de destinación específica de los recursos de la seguridad social. iv. Prohibición de utilizar recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella - problema resuelto de manera condicionada-. v. Validez de la sanción de la Ley 1151 de 2007 por parte de la Presidenta del Congreso. En consecuencia, no operó la cosa juzgada respecto del derecho de autonomía y asociación de los municipios.

A continuación se indica el concepto de la violación en relación con cada uno de los cargos formulados:

1º Cargo. La vulneración a la autonomía de las entidades territoriales, desconocimiento de derechos adquiridos y violación de la reserva de ley orgánica. Artículos 1º, 58, 151 y 287 Superiores.

Aduce el demandante que todas las autoridades deben respetar en sus actuaciones el principio de autonomía de las entidades territoriales, el cual es desconocido por el legislador al obligar a los municipios del país a agremiarse nacionalmente y hacerlo en una sola entidad. En efecto, la atribución de funciones a "la entidad nacional que los agremia", supone la existencia de dicha entidad y, la consecuente obligación a cargo de los municipios colombianos de asociarse a ella.

En consecuencia, la expresión demandada es inconstitucional porque vulnera la autonomía contractual de los municipios como entidades territoriales en tanto que coarta su derecho a decidir primero, si deben o no asociarse con otros municipios y, segundo, definir los fines por los cuales se asocian. La decisión del legislador de otorgar a la entidad que agremie a los municipios colombianos la función de telemedicina implica, en la práctica, una asociación forzosa que desconoce la autonomía de los entes territoriales.

El artículo 287 de la Constitución indica que la autonomía de las entidades territoriales se manifiesta en la gestión de sus propios intereses, en el derecho a gobernarse por autoridades propias y ejercer las competencias que les correspondan. Dado que corresponde al concejo autorizar al alcalde para celebrar contratos (artículo 313-3 de la C.P.) y al alcalde dirigir la acción administrativa del municipio (artículo 315,5 C.P.), el legislador desconoce el ámbito de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales.

En ese orden, aún si la Corte decidiera que el legislador sí puede obligar a los municipios para asociarse en contra de su voluntad, el hacerlo en torno a una sola persona jurídica la hace inconstitucional porque existen otras personas jurídicas con esta vocación. A juicio del actor con ello se vulnera el artículo 58 de la Constitución al suponer la existencia de una sola entidad, frente a la cual las entidades preexistentes deberían desaparecer o fusionarse en una sola, salvo que se pretenda crear una nueva agremiación con la finalidad exclusiva de prestar los servicios de telemedicina y que las otras entidades continúen existiendo con atribuciones diferentes al sector salud. La existencia de una sola entidad que agremie nacionalmente a los municipios colombianos sería, en términos del actor, posible si la Constitución estableciera dicha facultad y la ley orgánica de ordenamiento territorial señalara el criterio y el procedimiento para constituirla.

Finalmente, señala el actor que la Constitución establece que mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial se deben asignar las competencias normativas a las entidades territoriales (Art. 151 y 288 de la C.P.), así como los principios y reglas que reparten las competencias de la prestación en materia de servicios públicos (sentencia C-1042-2007). De esta manera, la norma demandada establece la competencia de los municipios y distritos para que a través de la entidad que los agremia nacionalmente hagan posible la prestación de la telemedicina. Así y en atención a que los servicios de telemedicina hacen parte de la prestación del servicio de salud y que este servicio corresponde en principio a la nación y que sólo se puede asignar competencias en esta materia a los municipios por medio de la ley orgánica de ordenamiento territorial, la norma demandada es inconstitucional pues no surtió en estos asuntos el trámite de una ley orgánica.

#### Segundo Cargo. Derecho de libre asociación. Artículo 38 Superior

Indica el actor que la libertad de asociación es uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La Corte lo ha "*entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos*". Su alcance "*incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad*".

De allí que la Corte haya manifestado respecto del derecho a la libertad de asociación que la "*afiliación tanto como la pertenencia a una asociación son actos voluntarios y libres y dependen exclusivamente y por siempre de la decisión de una persona*" y que a la "*libre constitución de la asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto -, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de esta libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto de la autonomía de las personas*".

Partir del supuesto, según el cual los municipios colombianos están agremiados nacionalmente en una sola entidad, vulnera el derecho a la libertad de asociación porque desconoce el derecho de éstos a: crear más de una entidad que agremie nacionalmente los municipios colombianos, vincularse a más de una de las entidades que en la actualidad agremian nacionalmente a los municipios colombianos, escoger libremente si se agremian o no y, en caso de agremiarse, decidir el tipo de asociación a la cual desean vincularse.

En consecuencia, el reconocimiento de una sola entidad que agremie nacionalmente a los municipios colombianos es contrario a la libertad de asociación y por lo tanto resulta inconstitucional. De hecho, si el municipio no se asocia, a la luz de la norma demandada, no puede hacer posible la prestación del servicio de telemedicina, en tanto el legislador condicionó el ejercicio de esta facultad al requisito de vincularse gremialmente a una sola entidad que agremie la totalidad de municipios colombianos.

En efecto, la norma que se demanda vulnera el derecho a la libertad de asociación en su núcleo esencial, pues "*nadie pued[e] ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad*".

#### Tercer Cargo. Principio de reserva de ley estatutaria. Artículo 152 Superior.

De acuerdo con el actor el aparte demandado afecta la esencia del sistema de salud porque modifica la estructura básica que permite al Estado garantizar el derecho a la salud. Señala el actor que el argumento es simple: "*Si la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, su núcleo esencial debe estar amparado por una norma estatutaria. No puede haber un derecho fundamental que no esté protegido, regulado y garantizado jurídicamente en su núcleo esencial por una ley que no sea estatutaria*".

'... Esta afirmación de hecho encuentra su soporte en las innumerables sentencias de la Corte Constitucional y de Tribunales y Jueces del país que tutelan el derecho de los pacientes a recibir los tratamientos o medicamentos reconocidos en el POS, cuando se presentan las circunstancias objetivas para ello. Qué duda cabe de que todo aquello que de forma innata e inevitable permite que el POS funcione, hace parte del núcleo esencial y es reserva de ley estatutaria.

Si el núcleo esencial del derecho a la salud no está delimitado exclusivamente por el sistema legal de salud y el plan obligatorio de salud, pues pueden existir servicios no incluidos que se requieran en virtud de las normas constitucionales en amplio sentido (constitución formal y bloque de constitucionalidad), entonces es claro que el equilibrio financiero que hace posible que el sistema funcione es relevante.

La norma demandada al disponer que la entidad nacional que agremia a los municipios hará posible la prestación del servicio de telemedicina, cambia el esquema de la forma de prestación de los servicios de salud contemplado en la Ley 100 de 1993 (se insiste, ley que regula en forma integral el derecho fundamental a la salud), disposición jurídica a través de la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social, y en este caso específico, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con lo cual se modifican servicios y programas que hacen parte del núcleo esencial del derecho a la salud lo cual ha debido hacerse mediante una ley estatutaria única norma dentro del ordenamiento constitucional colombiano competente para regular los aspectos esenciales de un derecho fundamental...’.

‘...En esta medida, cualquier modificación de los aspectos indispensables para la forma de prestación del derecho fundamental a la salud y con ello su núcleo esencial del derecho fundamental a la salud, está sujeta a la protección o reserva de una ley estatutaria...’

‘...Dado que el referido aparte del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007, no recibió el trámite de ley estatutaria, es inconstitucional.”

Cuarto cargo. Violación del principio de la democracia deliberativa. Artículo 1º Superior.

La decisión del Congreso de la República consistente en otorgar a la entidad que agremia nacionalmente los municipios colombianos la atribución de hacer posible la prestación del servicio de Telemedicina, fue tomada en contravía del principio de democracia participativa y deliberativa recogido en el artículo 1º de la Constitución Política, desarrollado en la sentencia C-1175 de 2004.

Lo anterior, por cuanto ni en la exposición de motivos ni en las ponencias para primer debate conjunto o segundo debate en el Senado de la República y la Cámara de Representantes, consta la razón de la decisión de otorgar a la entidad que agremie a los municipios colombianos la función de hacer posible la prestación del servicio de telemedicina. Así, la inexistencia de deliberación constituye un vicio material de inconstitucionalidad, ya que en el proceso de creación normativa no se verificó una discusión sobre el punto, con lo cual se desconoció esta exigencia material, según se advirtió en la sentencia C-816 de 2004.

Al respecto señala el actor que esta Corporación ha manifestado que a *"la luz de la Constitución es preciso que las normas que integran el ordenamiento jurídico hayan sido objeto de una actividad deliberativa por parte del Legislador. Esta es una garantía de racionalidad mínima encaminada a preservar un espacio de discusión para que los congresistas conozcan las normas que habrán de ingresar al ordenamiento jurídico y expresen su voluntad respecto del contenido de las mismas"*.

La deliberación como requisito de trámite legislativo adquiere visos materiales cuando se refiere no al principio de legalidad instrumental concerniente a la creación y definición de determinados asuntos reservados a la ley, así como al trámite para la formación de las leyes, sino cuando tiene efectos en el principio de legalidad material referido a la deliberación real en el seno del cuerpo representativo acerca del acto normativo creado, modificado o derogado. Así, sólo cuando se realiza una deliberación real se hace efectivo el principio de representación política expresada en razones públicas por todos conocidas o, al menos, identificables.

Ahora bien, tal y como lo ha establecido la Corte Constitucional, la diferenciación del principio de legalidad en instrumental y material tiene una consecuencia procesal constitucional de especial relevancia para la presente demanda: sólo la violación del principio de legalidad instrumental constituye vicio de forma al cual le es aplicable el término de caducidad del artículo 242-3.

De esta manera, si una norma desconoce el aspecto material del principio de legalidad, será inconstitucional no sólo por violación al procedimiento establecido para la creación de leyes (aspecto instrumental) sino por violación al contenido material de la Constitución, en tanto que desconoce el principio democrático y los derechos fundamentales de los ciudadanos a vivir en una democracia material y no meramente formal.

De conformidad con lo anterior, la norma demandada logró ser una ley de la República sin una deliberación real con lo cual se vulnera el principio de legalidad en su aspecto material y con ello el principio democrático y pluralista.

En el trámite legislativo, como bien podrá acreditarlo la Corte, no hay constancia de una deliberación sobre la razonabilidad de la medida adoptada en relación con la obligación constitucional. Dicha norma aparece intempestivamente en el texto definitivo de la plenaria del senado (Gaceta del Congreso 224/2007) sin debate previo alguno, para luego ser conciliada. Asimismo, si bien en la plenaria de la Cámara se hizo referencia a la norma demandada aprobándola aparentemente (Gaceta del Congreso 288/2007) fue tal el desorden y el oportunismo que como se puede ver en las Actas de la respectiva sesión no se llevó a cabo deliberación o debate alguno sobre esta norma, simplemente se introdujo como una enmienda más y se aprobó aunque, cosa sorprendente, no aparezca en el texto definitivo publicado por la Gaceta del Congreso de la República en el segundo debate de la Cámara.

No hay rastro en las actas ni en las exposiciones de motivos de las razones del legislador para imponer la obligación a los municipios de hacer posible la prestación del servicio de telemedicina a través de la entidad nacional que las agremia. Todo indica, en términos del actor, que la aprobación de esta disposición se hizo *"de manera solapada, de espaldas al país, por debajo de la mesa y con enmiendas aprobadas a pupitrazo limpio, de afán, sin estimación alguna de sus efectos."*

#### IV. INTERVENCIONES.

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad se presentaron las siguientes intervenciones:

4.1. Pontificia Universidad Javeriana.

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, señaló a propósito de la constitucionalidad de la norma que se demanda, que la misma resulta inexecutable, pese al pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la misma disposición contenida en la sentencia C-714 de 2008, respecto de la cual operó la cosa juzgada relativa. Al respecto señaló lo siguiente:

#### 4.1.1. Afectación del artículo 209 de la Constitución Política sobre los principios de la función administrativa.

De acuerdo con este artículo, *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad..."*. Estos principios, especialmente los de igualdad e imparcialidad, se infringen con la consagración en la norma demandada de una prerrogativa particular y concreta a *"la entidad que agremia nacionalmente los municipios"*, a la cual se habilita para desarrollar, organizar y poner en funcionamiento servicios de telemedicina como parte de la estrategia nacional del mejoramiento y garantía de accesibilidad a los servicios de salud.

La prerrogativa en mención se le otorga a la entidad que agremia a nivel nacional a los municipios colombianos, es decir, a la Federación Colombiana de Municipios, de forma que se le otorga un status de entidad estatal a una asociación de algunos municipios que tiene carácter privado, con lo cual se infringen los principios de la función administrativa.

#### 4.1.2. Afectación del artículo 210 sobre la descentralización por colaboración.

En el derecho administrativo se ha destacado la figura de la descentralización por colaboración, que consiste en la atribución de funciones administrativas a los particulares, para que colaboren con el Estado, haciendo más eficiente y efectivo el desarrollo de los cometidos estatales.

La Constitución plantea de manera clara que la ley debe señalar las condiciones en que los particulares pueden cumplir con estas funciones. De tal manera que es el Legislador quien debe señalar de una manera clara y precisa, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que un particular, que de ninguna manera tiene potestades administrativas, las puede ejercer excepcionalmente para colaborar con el Estado y con la Administración Pública. En el caso en cuestión estas condiciones excepcionales no fueron señaladas en la Ley 1151 de 2007, es decir, no existe un criterio legal por el cual se le haya delegado una facultad estatal a una entidad de carácter privado y la entidad en cuestión tampoco cuenta con las condiciones requeridas para ejercer este tipo de funciones, toda vez, que la ley no lo estableció.

Ahora bien, la figura de la descentralización por colaboración se ha utilizado tradicionalmente para aprovechar la capacidad organizativa instalada de los particulares y con ello garantizar la eficiencia de la función administrativa, por ello las Cámaras de Comercio administran el Registro Único de Proponentes; la Federación de Cafeteros la contribución parafiscal de los cafeteros; las Cajas de Compensación la contribución parafiscal de los empleadores para la recreación de sus empleados, etc. De los ejemplos citados se puede observar una constante: existe una relación directa entre la función que se descentraliza y el objeto social que desarrolla la entidad o persona de derecho privado que recibe la función administrativa. En el caso particular que nos ocupa, no se observa ninguna relación entre el objeto social de la Federación Colombiana de Municipios y la prestación de los servicios de telemedicina y de ambulancias aéreas.

#### 4.1.3. Violación del artículo 355 sobre la prohibición de auxilios.

Indica la Universidad Javeriana, que la norma demandada establece una prerrogativa a favor de una entidad de carácter privado que no agremia a la totalidad de los municipios colombianos, con el fin de prestar un servicio de telemedicina, aún cuando su objeto social no contempla este tipo de actividades, y la ley no estableció los criterios legales para otorgarle potestades administrativas ni las condiciones para cumplirlas. Esta ausencia de claridad del legislador le lleva a sostener a la representante de la Universidad Javeriana que la norma infringe el artículo 355 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios.

El artículo 355 inciso 2º de la Constitución determina que: *"el gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo..."* y el Artículo 1º inciso 3º del Decreto 777 de 1992 establece que, *"se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado"*.

De acuerdo con la normatividad citada, el inciso segundo del artículo 355 prevé una excepción a la imposibilidad de decretar auxilios con el fin de que se puedan celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad e impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, siempre y cuando, como lo determina el artículo 1º inciso 3º del Decreto 777 de 1992, el objeto social de las entidades privadas sin ánimo de lucro, tengan relación directa con el programa y la actividad del plan de desarrollo, evento que no se presenta para el caso objeto de la *"entidad que agremia nacionalmente a los municipios"*, la Federación Nacional de Municipios.

En definitiva, mediante el artículo 6º numeral 3.3 inciso 23 de la Ley 1151 de 2007, se está propiciando una injustificada exclusión de otros oferentes que pueden ostentar mejores calidades que la Federación de Municipios, que está siendo sujeto de un privilegio injustificado. Se está desconociendo la importancia que para la Administración tiene el obtener mejores condiciones para el desarrollo del respectivo contrato, incluidos los precios más bajos sin detrimento de la calidad y cobertura del objeto contractual.

#### 4.2. Universidad del Rosario.

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita la constitucionalidad del aparte de la disposición demandada, con

fundamento en los siguientes argumentos:

#### 4.2.1. Inexistencia de violación de la autonomía de las entidades territoriales y del derecho de asociación.

Para la Universidad del Rosario a pesar del pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-714 de 2008 sobre la disposición en estudio, es claro que no se confrontó la disposición demandada con la garantía constitucional de la autonomía territorial y el derecho de asociación, razón por la cual no existe cosa juzgada material.

De otro lado señala el representante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario que, conforme con el aparte final del inciso segundo del artículo 49 de la Constitución, el Congreso cuenta en materia de salud, con un poder especial de intervención para delimitar la competencia de las entidades territoriales. El otorgamiento constitucional de esta facultad, suscita la dificultad de cómo debe articularse esta competencia con la cláusula general de autonomía de las entidades territoriales, contenida en el artículo 287 de la Constitución.

De esta manera la armonización de estas dos disposiciones se consigue señalando que, en este tipo de asuntos, la autonomía de las entidades territoriales, salvo que se afecte de manera desproporcionada su contenido básico, deberá someterse a lo establecido por la ley. De lo que se trata, es de señalar que el texto constitucional le atribuye al Congreso una facultad especial de asignación de competencias en relación con la salud cuyo ejercicio en esta oportunidad, atendiendo el interés nacional de promover actividades de telemedicina, no afecta el núcleo de la autonomía territorial y, por el contrario, podría considerarse como una expresión del principio de subsidiariedad y coordinación.

Ahora bien, si se concluyera -en gracia de discusión- que la entidad que agremia a los municipios y distritos es un agente privado, tal y como se sugiere en la demanda, la ley -conforme lo establece el artículo 49 antes referido-, podría también atribuir esa función a los particulares.

En cuanto a la posible violación del derecho de asociación, podría decirse que la facultad de regulación asignada al Congreso por el artículo 49 constituiría también una habilitación para establecerla. Esta obligación, adicionalmente, no es problemática en su materialidad por varias razones: se persigue una finalidad constitucionalmente importante en tanto busca la implementación de un sistema de telemedicina que podría permitir la ampliación de la cobertura en la prestación de los servicios en lugares como los referidos en el parágrafo 2 del artículo 26 de la ley 1122 y la optimización de recursos en desarrollo de los principios de subsidiariedad, concurrencia y coordinación.

Ahora bien, el demandante plantea la inquietud relacionada con la interpretación de la expresión "*a través de la entidad nacional que los agremia*", dado que podrían existir diferentes organizaciones con esa función. Sobre este punto específico es claro que ello plantea una disputa acerca del significado de la expresión. Sin embargo, se trata de una cuestión interpretativa que no supone, por sí misma, una objeción a la validez constitucional de la norma demandada. Ciertamente ello puede implicar el nacimiento de problemas en la ejecución del proyecto y en la administración de los recursos. A pesar de tal circunstancia, no puede decirse que la ausencia de precisión conduzca, necesariamente, a la inconstitucionalidad. Las autoridades con competencia para ello deberán delimitar el alcance de la expresión.

#### 4.2.2. Inexistencia de Violación de Ley Estatutaria.

La proposición planteada por el actor según la cual la expresión demandada afecta la estructura protectora del derecho a la salud y por ello ha debido seguir un trámite estatutario, no se encuentra soportada en argumentos suficientes. Si fuera correcto el razonamiento, todas las alteraciones institucionales orientadas a ajustar las formas de prestación del derecho a la salud requerirían incorporarse en leyes estatutarias. En verdad, un argumento tal es excesivo y especialmente restrictivo de las mayorías políticas. No parece razonable que la Constitución exija un consenso especialmente extendido para definir la forma en que debe implementarse un proyecto de telemedicina.

En consecuencia, no puede aceptarse el argumento del demandante dado que no se trata de una regulación amparada por la reserva de ley estatutaria.

#### 4.2.3. Inexistencia de violación de la reserva de ley orgánica.

El demandante advierte que la norma demandada, al asignar una competencia específica a los municipios, desconoce la reserva de ley orgánica. De esta forma el argumento se encuentra dirigido a aducir la violación de los artículos 288 y 151 de la Constitución.

Al margen de la discusión que podría suscitarse respecto de la necesidad de tramitar a través de una ley orgánica cualquier asignación de una competencia específica en materia de salud -considerando la ausencia de una exigencia para ello en el artículo 49 constitucional-, la pregunta que debe plantearse es si, en realidad, la norma está estableciendo una competencia que no hubiere sido definida previamente. Sobre el punto la respuesta debe ser negativa en la medida que esta función corresponde a una expresión específica de las normas orgánicas contempladas en la ley 715 de 2001 y en la ley 1176 de 2007, más que a la asignación de una nueva competencia.

La expedición de la ley orgánica 1176 de 2007 que a través de su artículo 33 adicionó la Ley Orgánica 715 de 2001, en el sentido de asignar a los municipios la función de coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos los servicios de telemedicina, constituye un referente de constitucionalidad que elimina cualquier discusión sobre la vulneración al principio de reserva de ley orgánica.

#### 4.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La representante de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señaló que coadyuva la demanda de inconstitucionalidad, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política, con el fin de que se declare la *inexequibilidad parcial* del artículo 6 numeral 3.3 inciso 23 de la Ley 1151 de 2007. Al efecto, solicita que además de la expresión demandada por el actor se declare inexequible la

expresión que a continuación se resalta "dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina", también contenida en el inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007.

Así, además de los argumentos de inconstitucionalidad presentados por el actor en su demanda y en la corrección a ésta, estima que las expresiones acusadas también son violatorias del régimen constitucional en materia de monopolios y la libre competencia económica, consagrados en los artículos 333 y 336 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 48 y 49 superiores; el principio de eficiencia, rector del régimen constitucional del servicio público de salud, consagrado en el artículo 49 de la Carta; y del régimen de participación de las entidades privadas en la reampliación de la cobertura de la Seguridad Social y, específicamente, en la prestación del servicio público de salud, como lo consagran respectivamente los artículos 48 y 49 constitucionales, en concordancia con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 superior, por las razones de derecho y de hecho que expone a continuación.

#### 4.3.1. Cosa Juzgada.

Previo al desarrollo de los cargos señala la representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que la sentencia C-714 de 2008, se ocupó de la violación del principio sobre destinación específica de los recursos de la seguridad social contenida en el inciso quinto del artículo 48 de la Constitución Política, a propósito de lo cual concluyó que la financiación de estos servicios con cargo a la UPC no resultaba contrario al ordenamiento constitucional. Tampoco encontró la Corte reparo en que recursos parafiscales, fuesen manejados a través de una entidad de carácter privado ajena al SGSSS, pues en últimas la falta de experiencia en la prestación de servicios de salud, podía suplirse condicionando la exequibilidad de la norma acusada a que dicha entidad contratase estos servicios con instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS-especializadas, debidamente autorizadas para el efecto, sometidas a estándares, regulación y control por parte del Estado.

De esta manera, la Corte no hizo referencia alguna al principio de autonomía territorial ni al derecho de asociación. Tampoco se pronunció sobre este punto en la sentencia C-1059 de 2008, mediante la cual la Corte se declaró inhibida en los siguientes términos: "*En consecuencia, esta Corporación habrá de estarse a lo resuelto en la Sentencia C-714 de 2008, que declaró Exequible "...el inciso 23 del numeral 3.3 y el numeral 3.3.1., ambos del artículo 6º de la ley 1151 de 2007..."*".

De acuerdo con lo expuesto, frente al inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 solamente se configuró, según lo afirma el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el fenómeno de la *cosa juzgada relativa*.

#### 4.3.2. Vulneración del régimen constitucional en materia de monopolios y la libre competencia económica

La regla general de prohibición de los monopolios se encuentra consagrada en el artículo 336 de la Constitución Política, el cual señala al mismo tiempo la única modalidad de monopolios autorizada como arbitrio rentístico. Para la comprensión de este cargo, el Ministerio acude a la definición de monopolio desarrollada en la sentencia C-226 de 2004, así como a los antecedentes de esta figura desarrollados en la sentencia C-316 de 2003.

En ese orden, teniendo en cuenta que el servicio de telemedicina no ha sido declarado como una actividad de arbitrio rentístico y sería absurdo hacerlo atendiendo a su naturaleza, este cargo se formula porque la norma acusada señala que "*...los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio [de telemedicina]*". Con lo cual la facultad de hacer posible el servicio de telemedicina, es reservada a un particular que agremia a municipios y distritos, y que para estos efectos hace las veces o suplanta a los municipios y distritos por disposición de la misma ley, sin que exista generación de renta.

#### 4.3.3. Violación del derecho a la igualdad.

Ahora bien, la Corte formuló una salvedad frente a la exequibilidad de la norma en la sentencia C-714 de 2008 y fue que, dado que dicha entidad carecía de la experiencia para desarrollar dichos servicios, los podía contratar a su turno con instituciones especializadas, debidamente autorizadas por el Estado. Cuando se exime a este particular de la debida experiencia y capacidad técnica para prestar el servicio de telemedicina, se está vulnerando también el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 superior porque, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, a las EPS y a las instituciones prestadoras de servicios de salud sí se les exige para administrar recursos de la seguridad social y prestar los servicios de salud un mínimo nivel de capacidad financiera, administrativa, técnica y profesional, porque deben garantizar la confianza pública.

En especial, si se tiene en cuenta que la telemedicina no es una actividad generadora de rentas sino que ejecuta recursos públicos (la UPC, que se financia con las cotizaciones obligatorias en salud en el Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud y con los recursos del Sistema General de Participaciones, las rentas cedidas, regalías y otros recursos de esfuerzo propio territorial en el Régimen Subsidiado) para realizar una actividad u ofrecer un servicio con beneficio social.

#### 4.3.4. Violación al derecho de competencia.

La Constitución Política, según la jurisprudencia constitucional, prevé un régimen intenso de intervención del Estado en la economía y muy especialmente en los servicios públicos, como la salud, que permite limitar y hasta anular la iniciativa privada y la libre competencia económica. Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 334 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política, según los cuales los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y podrán ser prestados por éste, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Sin embargo, la Corte ha advertido que cuando se elimina la iniciativa privada en la prestación de un servicio público, porque el Estado asume

su operación, también está obligado a indemnizar plenamente a las personas despojadas de su actividad si la ejercían lícitamente. En la sentencia C-616 de 2001 la H. Corte Constitucional también advirtió que, si bien el Legislador tiene un amplio margen de configuración normativa en materia de organización del servicio público de seguridad social en salud, lo cierto es que dicho margen no es absoluto, en especial, en el sector salud, puesto que tiene límites de carácter formal y sustancial, como la libertad de empresa.

Si el abuso de la posición dominante todavía implica que concurren en el mercado otros agentes económicos, puede advertirse entonces la amenaza que entraña la entrega a un particular de un monopolio que no es arbitrio rentístico y su efecto, en especial, sobre la calidad y los precios de dichos servicios, como en el caso de la telemedicina o el transporte aéreo medicalizado, bajo los esquemas previstos en la Ley 1151 de 2007. En este sentido, es que resulta inconstitucional la entrega a un particular, cualquiera que este sea, de la exclusividad en la provisión de un servicio y, más aún, cuando se trata de un servicio público como la salud.

Sobre el punto, lo que sí es posible determinar es que existe un sobrecosto social que implica el monopolio concedido a la Federación Colombiana de Municipios. Este equivale a la diferencia entre lo que la Federación recibiría por concepto de UPC y lo que esta a su vez entregaría a la Unión Temporal Cardiplus Telemedicina- U.T. como pago de servicios. Se entiende que los ingresos anuales por concepto del 0.3% de las UPC asciende a \$47 mil millones anuales. Por otra parte, el costo del contrato sería de \$43 mil millones anuales, del cual sin embargo la Federación descuenta un 11.9% por concepto de costos de administración y otros. Con esto, el sobrecosto efectivo asciende a \$9.2 mil millones anuales. Estos sobrecostos son las rentas monopolísticas que deriva la Federación Colombiana de Municipios. Este sobrecosto es el costo de una intermediación que no resulta eficiente porque la entidad que agremia los distritos y municipios no tiene experiencia en la administración ni prestación de los servicios especializados de telemedicina, imponiendo a los compradores directos de estos servicios, las EPS y en últimas, a los usuarios, un costo injustificado desde la perspectiva constitucional.

Corolario de lo expuesto, el Ministerio de Hacienda solicita que se declare la inexequibilidad de las expresiones demandadas.

4.3.5. Vulneración del principio de eficiencia previsto en la Constitución Política para la prestación de servicios en general y de servicios de salud en particular.

La H. Corte Constitucional ha conceptuado que el principio de eficiencia tiene como propósito "...obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social", según la sentencia C-623 de 2004. La eficiencia es un principio rector en la provisión del servicio público de salud como lo señala el artículo 49 de la Constitución Política. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido la estrecha relación de este principio con el buen funcionamiento del sistema de salud, como se sostiene en la sentencia T-760 de 2008.

La vulneración del principio de eficiencia consagrado en el artículo 49 constitucional también es ostensible cuando la norma, no sólo consagra una transferencia neta de recursos como proporción de la UPC, sino cuando señala que su fuente es la UPC misma. Ya que debe recordarse que la UPC es un recurso parafiscal que se reconoce como una prima de seguro a las EPS con el propósito de que garanticen a sus usuarios las coberturas incluidas en el Plan Obligatorio de Salud -POS. Es la Corte la que ha reclamado un equilibrio entre la UPC y el POS que permita su financiación en condiciones de sostenibilidad, como lo formula entre otros fallos, la sentencia T-760 de 2008, pero también es importante destacar que la jurisprudencia constitucional exige que dichos recursos se destinen en primer lugar a la financiación de la prestación de los servicios de salud, después a los costos administrativos envueltos en dicha prestación en condiciones de eficiencia, por supuesto, y solamente al final de la operación es posible que los particulares que concurren en la prestación obtengan una legítima ganancia.

En estos términos, puede afirmarse que cuando la UPC se transfiere a un particular en un monto dado, como ocurre en la expresión acusada cuando se dispone la entrega del valor equivalente al 0,3% de la UPC, sin atender los costos reales del servicio ni consultar un cálculo de los mismos para determinar esta transferencia, se vulnera el principio de eficiencia y más aún cuando no existe un límite legal para los costos administrativos y la utilidad que puede obtener el particular que sirve de intermediario o proveedor del servicio de telemedicina designado por la norma acusada. También es ineficiente porque la UPC es una prima del contrato especial de seguro que permite a las EPS garantizar los servicios del POS, entre los cuales puede incluirse la telemedicina, pero partiendo de unos cálculos de costos y frecuencias de uso, para no generar "desperdicio" o insuficiencia en la oferta o ineficiencias o precios no transparentes ni competitivos, todo lo cual riñe con el principio de eficiencia consagrado en el artículo 49 constitucional.

Puede afirmarse que la entrega a un particular del monopolio en la provisión del servicio de telemedicina bajo el esquema previsto en la Ley 1151 de 2007 vulnera el principio de eficiencia, porque: a. La actividad del monopolio induce distorsiones en los precios y tarifas de los servicios. b. La actividad monopolio tiene efectos perversos sobre la calidad. c. La transferencia neta de recursos como un porcentaje fijo (0,3%) del valor de la UPC, no remunera frecuencias de uso y costos reales de los servicios. d. Desnaturaliza la UPC como prima especial de seguro que permite financiar servicios incluidos en el POS, remunerar los costos administrativos y la obtención de una ganancia al final de la operación como resultado de la eficiencia en la prestación del servicio. e. Rompe el equilibrio UPC-POS que prevé el Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, el modelo de aseguramiento obligatorio en salud vigente. f. La financiación mediante la transferencia neta de un porcentaje de la UPC, constituye un subsidio a la oferta del servicio de telemedicina. g. Por el modo en el que está concebido el monto a destinarse al programa de telemedicina, cualquier incremento en la UPC de ambos regímenes, por concepto de ampliación del POS o el incremento anual normal, conllevaría un aumento proporcional del monto asignado a dicho programa sin una lógica de contraprestación, sobrefinanciando aún más este servicio.

Por las razones expuestas, solicita declarar probado el cargo por vulneración del principio de eficiencia, en consecuencia, la inexequibilidad de la norma acusada, en especial, de las expresiones "dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitalización a la coordinación y financiación de los

servicios de Telemedicina" y "a través de la entidad nacional que los agremia".

#### 4.4. Intervención de la Superintendencia de Salud.

La Superintendencia de Salud a través de su representante solicita declarar inconstitucionales las normas demandadas, conforme a las siguientes consideraciones:

##### 4.4.1. Dedicación del 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional.

La Superintendencia de Salud advierte que la norma demandada en lugar de cumplir con el fin constitucional de asegurar la prestación efectiva de los servicios de salud, pone en riesgo su sostenibilidad y en entredicho las responsabilidades de las entidades prestadoras.

La Unidad de Pago por Capitación –en adelante UPC-, es el valor *per cápita* que el sistema le reconoce a las EPS y EPS-S por la prestación de los servicios POS y POSS, teniendo en cuenta aspectos tales como el perfil epidemiológico de la población correspondiente, los riegos cubiertos y los costos de prestación del servicio en condiciones promedio de calidad, tecnología y hotelería. Así las cosas, la UPC tiene como único objetivo financiar la totalidad de la ejecución del POS y sufragar los gastos administrativos. Se debe entender que las EPS o EPS-S, cumpliendo su función de administrar la UPC para prestar el POS, tienen entre sus obligaciones garantizar el servicio de telemedicina, el cual ya está garantizado en el 100% de los recursos de la UPC, máxime si se tiene en cuenta que los recursos de la UPC son considerados como recursos parafiscales con destinación específica, los cuales deben ser administrados exclusivamente por los diferentes agentes que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, dejando excluida a la Federación Colombiana de Municipios.

Así las cosas, no resulta acorde con los principios constitucionales que se sustraiga un 0.3% de los recursos que garantizan las prestaciones del POS, para entregárselos a una "entidad nacional que agremia a los municipios colombianos" para cubrir un servicio que de todas maneras ya está garantizado por el porcentaje restante.

Adicionalmente, es de público conocimiento que el sistema de salud atraviesa una situación difícil desde el punto de vista presupuestal, por lo que carece de toda justificación que parte del presupuesto en el que ya está contemplado un plan de seguridad social integral sea entregado a un agente externo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. No resulta razonable que se saque de un 100% un servicio que existe, que está garantizado y que es transversal. Es decir, se cuenta con una Unidad Percápita de Cotización que corresponde a un 100% de recursos, con ella se cubren todos los servicios de salud previstos en el POS, entre los cuales se encuentra por expresa disposición legal el servicio de telemedicina, pero esta ley obliga a sacar de ese 100% un 0.3% de recursos para trasladarlo a un tercero y que este preste ese específico servicio. Sin embargo, la Ley no ha excluido de esta responsabilidad a las Empresas Prestadoras de Salud quienes deben seguir garantizando el servicio de telemedicina, lo que significa que el servicio sería pagado doble vez y prestado tanto por la EPS como por la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos.

Tal como lo considera el actor, la norma demandada pone en riesgo la posibilidad del Estado de cumplir con su deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y de los deberes consagrados en la Constitución, porque al sustraer un 0.3% de los recursos de la UPC se compromete por un lado, la prestación de los servicios que se financia con la UPC y por otro, la sostenibilidad del sistema de salud.

##### 4.4.2. Respecto a la expresión "La entidad nacional que agremia a los municipios colombianos"

La Constitución le ha otorgado a las entidades territoriales autonomía que se entiende "...como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario.". De acuerdo con ello, las entidades territoriales tienen la potestad de decidir sobre asuntos que atañen a sus intereses, entre los cuales se encuentra, la posibilidad de decidir sobre asociaciones con otros municipios. Dado que esa decisión solo le compete a la entidad territorial, mal podría pensarse que los municipios tienen la obligación de entrar a una agremiación de municipios.

La expresión acusada vulnera el principio de autonomía territorial, primero porque parte del presupuesto de que los municipios se tienen que agremiar, segundo porque supedita la prestación de un servicio al reconocimiento de todos los municipios de la existencia de una entidad que los representa y tercero porque la norma parte del presupuesto, equivocado, de que solo una entidad agremia nacionalmente a los municipios.

#### 4.5. Federación Colombiana de Municipios.

Entre los argumentos que expone la Federación Nacional de Municipios en punto a solicitar la exequibilidad de la norma demandada, se encuentran los siguientes:

##### 4.5.1. "Derecho de asociación de los municipios" sí fue analizado por la Corte Constitucional y por tanto existe cosa juzgada constitucional.

En principio el representante de la Federación Nacional de Municipios señala que sí existe cosa juzgada constitucional en lo que hace relación con la sentencia C-714 de 2008. Al respecto, señala que el actor en la página 5 de la demanda presenta un cuadro con el método de doble columna en el cual enlista los cargos que se plantearon en aquella ocasión y, luego, los "cargos efectivamente resueltos". Así, frente del cargo "4. Derecho de asociación de los municipios" el actor indica "CARGO NO RESUELTO". No obstante, señala que este cargo sí fue materia de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional. Recuerda que en la sentencia C-714 de 2008, tal como se indicó en el auto de inadmisión

de esta demanda, se señaló:

"Sobre la asignación de las funciones relativas a la prestación de estos servicios a la Federación Colombiana de Municipios que el actor censura dentro del mismo cargo sobre unidad de materia, se refiere al fenómeno de la descentralización por colaboración, dentro del marco de lo previsto en el artículo 210 de la Constitución, actualmente desarrollado por la Ley 489 de 1998. Además, menciona un caso concreto anterior (art. 10 de la Ley 769 de 2002) en el que se encomendaron funciones administrativas a esa entidad, situación que al ser demandada ante esta Corte se declaró ajustada a la Constitución mediante sentencia C-385 de 2003 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra)."

En consecuencia, sostiene la Federación que en la conclusión previa a la parte resolutive de la sentencia C-714 de 2008, la Corte reafirmó que se habían examinado *"los cargos de inconstitucionalidad propuestos en la demanda"*, sin hacer exclusión de ninguno *"y de acuerdo con lo que de ellos resulta, la Corte Constitucional hará las siguientes declaraciones: i) que la Ley 1151 de 2007 es exequible en lo que atañe al hecho de haber sido sancionada por la Presidenta del Congreso de la República; ii) que existe cosa juzgada en lo relacionado con el artículo 146 de la misma ley, y iii) que los apartes demandados del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007 son exequibles con respecto a los cargos propuestos por el demandante y analizados por esta corporación, aunque con el condicionamiento antes planteado."*

4.5.2. No se configura violación de los artículos 1º y 287 de la Constitución Política.

El alcance de la autonomía de las entidades territoriales a que hace referencia el artículo 1º de la Constitución Política está delimitado por el artículo 287 de la Carta, en la medida que las entidades territoriales gozan de autonomía pero para la gestión de sus intereses, los cuales son: "1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y 4. Participar en las rentas nacionales".

Así, la Constitución de 1991 estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo moderno de la descentralización, pero en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales, cuyas competencias se hallan limitadas por las regulaciones de orden constitucional y legal, de acuerdo con la sentencia C- 284 de 1997.

4.5.3. En parafiscalidad lo usual es que las leyes designen con nombre propio a los administradores.

Señala la Federación que de tener asidero los argumentos del actor, todas las leyes sobre parafiscalidad serían contrarias a la *"Carta Magna"* porque desdibujarían el derecho de asociación en la medida en que, como norma general, en ellas se alude con nombre propio a una entidad, *"para más veras absolutamente privada en tanto organizada por particulares y sometida al derecho civil, y se le defiere la potestad de administrar unos recursos públicos"*. Al respecto, hace alusión a la sentencia C-819 de 2004, en la cual al hacer referencia a los aportes parafiscales, se señaló que el legislador en virtud del artículo 210 superior *"autorizó a la "Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional" el sistema integrado de información sobre multas y sanciones por infracciones a las normas de tránsito, lo que no resulta contrario a la Carta Política pues el inciso segundo del citado artículo 210 de la misma permite a los particulares el cumplimiento de "funciones administrativas en las condiciones que señale la ley", es decir, que es ella una forma de descentralización por colaboración de los particulares con el Estado."*

En consecuencia señala la Federación que afirmar, como se hace en la demanda, que la norma *"vulnera la autonomía contractual de los municipios como entidades territoriales en tanto que coarta su derecho a decidir, primero, si deben o no asociarse con otros municipios y, segundo, definir los fines para los cuales puede asociarse"*, es *"navegar contra la corriente, pues a las claras se aprecia que la norma no contempla un tiempo FUTURO, sino uno PASADO, en tanto no dispone que los municipios tendrán que asociarse sino que parte del hecho cumplido, constatado previamente, de que existe, con anterioridad a la ley, una entidad que agremia nacionalmente a los municipios."*

4.5.4. No se configura violación del artículo 58 de la Constitución Política.

Para la Federación resulta desproporcionada e inconexa la conclusión a la que llega el demandante cuando afirma que al referirse el legislador a la entidad que agremia nacionalmente los municipios colombianos se está violando el artículo 58 de la Constitución que trata de la propiedad privada, su función social, las formas asociativas y solidarias de propiedad, y la expropiación por motivos de utilidad pública.

Las competencias y administración de recursos de que trata el artículo 6, inciso 23 de la Ley 1151 de 2007, fueron delegados a una persona de carácter gremial sin ánimo de lucro de naturaleza privada, bajo la modalidad de descentralización por colaboración, por tanto jamás pierden su naturaleza de públicos con destinación específica para la salud y como tal se someten a las reglas de derecho público, en especial al régimen de control fiscal. El demandante confunde los conceptos, alcances y reglas de los recursos públicos administrados por particulares con el régimen de propiedad privada.

4.5.5. Existencia de una entidad que agremie nacionalmente a los municipios colombianos.

Indica la Federación que el actor en la demanda que radicó bajo el número 8126, aseguró que *"actualmente existen varias entidades que manifiestan agremiar nacionalmente a los municipios"*. De igual manera, en el escrito de corrección de la presente demanda afirma que *"...actualmente existen varias entidades que manifiestan agremiar nacionalmente a los municipios..."*, como si se tratara de un hecho notorio.

Al respecto, considera la Federación que esta es una afirmación que el demandante está en la obligación de demostrar, pues en su concepto no existe ningún otro ente que en la actualidad agremie nacionalmente a los municipios del país. Para el efecto, acude el representante de la Federación al desarrollo jurisprudencial en materia de afirmaciones indefinidas que se señala en la sentencia C-003 de 2006, según el cual éstas deben ser debidamente acreditadas. Recuerda que recientemente se creó la Federación Nacional de Municipios de la República de Colombia

-FEDEMUNICOL-, con una existencia efímera ya que se constituyó en el año 2002 y en el 2007 se dispuso su disolución -anexo certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá-.

De otra parte expresa que no son pocas las leyes en las cuales el Estado Colombiano reconoce la existencia de una sola entidad que asocia a todos los municipios del país y, por tanto, la hace interlocutora de los poderes centrales.

#### 4.5.6. No se configura vulneración del artículo 151 de la Constitución Política.

Las competencias del transporte aéreo medicalizado y la telemedicina son del nivel nacional de Gobierno -Ley 715, artículo 42 numeral 21-. Tales actividades fueron incorporados a la Ley del Plan Nacional de Desarrollo como parte del programa 3. REDUCCIÓN DE LA POBREZA Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO Y LA EQUIDAD, en el ítem "Mejorar la accesibilidad a servicios de salud y la capacidad de respuesta del Estado a las emergencias y desastres".

De otro lado afirma la Federación que el Plan Nacional de Desarrollo se expide mediante ley de conformidad con en el artículo 150 numeral 3, pero que no se requiere de ley orgánica en tanto no se está frente a la preparación, aprobación y ejecución de dicho plan ni de la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales en términos del artículo 151 Superior.

La Ley del Plan Nacional de Desarrollo sólo usó la figura de descentralización por colaboración, lo cual no es en estricto sentido una modificación al ordenamiento territorial para que sea objeto de una trámite de ley orgánica, como estrategia para procurar esfuerzos dirigidos a que el Estado y la sociedad civil cuenten con mecanismos explícitos dirigidos a dar acceso preferente a la población más pobre y vulnerable a los servicios sociales del Estado, con una mejor focalización de los subsidios y sus instrumentos. De esta manera en los términos del artículo 210 los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La práctica de descentralización por colaboración tiene una amplia tradición en Colombia. En reiteradas sentencias la Corte Constitucional ha afirmado que la intervención de los particulares en la gestión de funciones estatales es una de las expresiones más genuinas de la democracia participativa, porque hace real uno de los fines esenciales del Estado que consiste en '*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*'. (Corte Constitucional sentencia C-308 de 1994).

#### 4.5.7. No se configura violación al artículo 38 de la Constitución Política.

No son pocas las entidades sin ánimo de lucro de carácter gremial y de derecho privado que cumplen funciones públicas y que contribuyen a ofrecer mejores servicios a los ciudadanos. En varias leyes y decretos, el Legislador y el Gobierno Nacional han delegado en organizaciones gremiales la administración de funciones y recursos públicos.

Para demostrar su argumento enlista un sin número de cuotas de fomento en los campo arrocero, algodónero, cafetero, palma, etc, que en tanto contribuciones parafiscales son administradas por entidades privadas de carácter gremial por orden del legislador, como ocurre con las asociaciones gremiales: Federación Nacional de Cafeteros, Federación Nacional de Arroceros, Federación Nacional de Cerealistas, etc. En los casos mencionados el legislador delegó en una organización gremial de alta representatividad una función y un recurso público para su administración en virtud del artículo 210 de la Constitución, en plena armonía con los demás artículos constitucionales que establecen y garantizan la libertad de asociación de las personas.

Al efecto, explica que la Federación Colombiana de Municipios es una entidad gremial, de naturaleza asociativa, sin ánimo de lucro, que se rige por el derecho privado, organizada con base en el derecho constitucional de asociación, que representa los intereses colectivos de los municipios, lidera y apoya el desarrollo de la gestión municipal, defendiendo la autonomía y promoviendo la profundización de la descentralización y para lograrlo es vocero ante instituciones públicas y privadas. Mediante las leyes 136 de 1994 y 715 de 2001 se le reconocen a la Federación como órgano consultivo del Gobierno Nacional en los temas relacionados con la organización y funcionamiento de los municipios.

#### 4.5.8. No se puede invocar la autonomía de las entidades territoriales para negarla y el derecho de asociación para vaciar su contenido.

El representante de la Federación en relación con la afirmación que hace el actor según la cual la disposición acusada "*desconoció la autonomía de las entidades territoriales porque obliga a los municipios del país a agremiarse nacionalmente y a hacerlo en una sola entidad*", señala que por el contrario el legislador hace un homenaje a la autonomía, al reconocer que los municipios del país se asociaron en una entidad única, conocida como FEDERACION COLOMBIANA DE MUNICIPIOS, por su propia decisión y sin necesidad de que mediara ley alguna que "autorizara" o coaccionara dicha asociación.

Precisamente, en ejercicio de la autonomía política que contempla el artículo primero superior, los municipios convinieron conformar una entidad única, en razón a que ello les garantizaba fortaleza y cohesión para la interlocución con los poderes centrales. Por tal razón sostiene la Federación que la norma acusada no vulnera ni los artículos 1º y 287 de la Constitución Política ni mucho menos el artículo 58 superior. Por tal razón, la norma hace referencia a la entidad que asocia a los municipios de Colombia y no a una que asocie en el futuro a dichos municipios.

#### 4.5.9. No hay violación de reserva orgánica.

Sostiene la Federación que la demanda desconoce la decantación jurisprudencial que en materia de reserva de ley orgánica ha hecho la Corte, como en la sentencia C-600-A de 1995. Es posible entonces que la ley orgánica se limite a establecer los principios generales de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, de suerte que, con base en esa norma orgánica, la ley ordinaria puede asignar competencias específicas. Sin embargo, lo que no es admisible es que la ley ordinaria distribuya o asigne competencias entre la Nación y las

entidades territoriales, sin que una ley orgánica previa o la propia Constitución hayan establecido los principios generales de esa distribución.

Como el mismo demandante reconoce, la Ley 715 de 2001 en su artículo 42.21 ya realizó el reparto de los servicios de salud entre la Nación y las entidades territoriales, al punto que señaló que corresponde a la Nación regular y promover el desarrollo del sistema integral de transporte aéreo medicalizado y servicios de telemedicina. Luego, a la luz de dicha disposición bien puede la ley ordinaria ocuparse de estos temas.

Afirma la Federación que "*...sólo a sofisma puede atribuirse que el demandante afirme que "La prestación de los servicios de salud corresponde en primera instancia a la Nación", para acto seguido citar la norma que venimos de reproducir, de la cual fluye con toda naturalidad que lo que a la Nación incumbe es REGULAR Y PROMOVER estos servicios, de ninguna manera PRESTARLOS y precisamente lo que ha hecho la norma acusada es REGULAR Y PROMOVER.*"

4.5.10. Trámite legislativo de la asignación de una función pública a la Federación Colombiana de Municipios.

Señala que el trámite y aprobación legislativa del Proyecto de Ley fue revisado en las consideraciones de la Sentencia C-714/08 y está cobijado por la cosa juzgada Constitucional.

Por las anteriores consideraciones la Federación Colombiana de Municipios solicita se declaren exequibles los apartes demandados.

4.6. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –Acemi-

El Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –Acemi-, interviene en el presente proceso, con el fin de solicitar la inexecutable de la disposición acusada con fundamento en los siguientes argumentos:

Indica el interviniente que el papel que juegan los municipios y distritos respecto de la norma demandada, según la cual a través de la entidad nacional que los agremia "*harán posible la prestación de este servicio*", se concreta en el ejercicio de facultades de dirección en salud, en virtud de las cuales se expiden disposiciones normativas tendientes a integrar la red local de servicios, con los servicios de telemedicina. Por su parte, la selección de la red que prestará los servicios de telesalud en sus componentes de promoción de la salud y atención de los afiliados, hace parte de las funciones de administración propias del aseguramiento en salud, a cargo de las EPS y EPS-S.

La Ley 1122 de 2007, por su parte, dispuso que las entidades territoriales promoverán los servicios de telemedicina, pero tampoco estableció que les correspondiera administrar los recursos de UPC para tales propósitos ni mucho menos contratar la red prestadora de servicios de telemedicina.

La Ley 715 de 2001, modificada en lo pertinente por la Ley 1176 de 2007, y que regula las competencias de los entes territoriales en coordinación con la Ley 1151 de 2007 - Plan Nacional de Desarrollo-, tampoco señala que corresponda a los municipios y distritos ni a la entidad que los agremia a nivel nacional, la selección del prestador de servicios de telesalud, ni su contratación.

Como se observa, de la disposición demandada, y de las Leyes 1122 de 2007, y 715 de 2001 modificada por la Ley 1176 de 2007, no se deriva que los municipios y distritos administren parte de la UPC para seleccionar la red de prestadores de servicios de telemedicina, lo cual continúa siendo una competencia de las EPS y EPS-S.

No obstante, señala el interviniente que si se llegare a entender que las entidades territoriales cumplen funciones de administración de servicios propios del aseguramiento en salud, la norma resultaría violatoria de diversas disposiciones constitucionales como lo expone a continuación:

4.6.1. Violación del artículo 150 numeral 21 de la Constitución Política al no establecer límites a la libertad económica.

Considera el representante de Acemí que en caso de entenderse que corresponde a los municipios y distritos a través de la entidad nacional que los agremia, administrar el 0.3% de la UPC, seleccionar y contratar el o los prestadores de servicios de telemedicina a su libre albedrío, la norma violaría el artículo 150 numeral 21 de la Constitución Política porque no define los fines y alcances de la medida, así como los límites a la libertad económica.

La disposición implicaría una restricción a la libertad económica porque en adelante ningún otro agente económico podría afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la coordinación y financiación del servicio de telemedicina de que trata la norma demandada. El artículo que contiene la disposición acusada también restringiría la libertad contractual, porque en adelante la contratación que realiza el Estado con las Entidades Promotoras de Salud – EPS para que estas últimas organicen, garanticen y presten el POS a cambio de la UPC, no podría incluir los servicios de telemedicina a que se refiere la misma norma.

Así mismo, los prestadores de servicios de telemedicina que podrían continuar operando en el mercado de servicios de salud, serían aquellos con los que contrate la entidad nacional que agremia a los municipios.

La sentencia C-137 de 2007, en consonancia con el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución, señaló que las normas sobre intervención en la economía, deben precisar los motivos y los límites a la libertad económica. Los límites a la restricción a la libertad económica que se comenta, no fueron señalados en la disposición que se demanda, y por el contrario, fueron deslegalizados para que el reglamento los definiese. El concepto "*entidad nacional que los agremia*" (a los municipios y distritos), es indeterminado por cuanto no se encuentra definido en ninguna disposición legal y pueden existir, como efectivamente sucede, más de dos entidades que agrerman municipios a nivel nacional.

La falta de señalamiento de los motivos y los límites a la libertad económica por parte de la disposición parcialmente acusada, determina la

procedencia de la declaratoria de inexecutable, no solo de la expresión "a través de la entidad nacional que los agremia", sino de todo el inciso 23 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007.

#### 4.6.2. Violación de los artículos 336 y 335 de la Constitución Política al establecerse un monopolio a favor de una agremiación

Afirma además el representante de Acemi que en caso de entenderse que corresponde a los municipios y distritos a través de la entidad nacional que los agremia, administrar el 0.3% de la UPC y, seleccionar y contratar el o los prestadores de servicios de telemedicina a su libre albedrío, la norma establecería un monopolio a favor de dicha agremiación. Lo anterior implicaría una violación a los artículos 336 y 365 de la Constitución Política que, respectivamente, prohíben el establecimiento de monopolios diferentes a los arbitrios rentísticos y permiten que sólo el Estado se reserve servicios públicos o actividades estratégicas.

Si bien el servicio de telemedicina se presta a través de instituciones prestadoras de servicios de salud – IPS, la agremiación nacional de municipios sería el único agente autorizado para contratar a los prestadores y para realizar las demás actividades tendientes a la administración del servicio de telemedicina, como son la selección y contratación de la red de prestadores.

De esta manera, sin perjuicio de que las prestaciones finales sean suministradas por IPS, es claro que la norma demandada reservaría un privilegio a la entidad que agremia nacionalmente a los municipios, consistente en ser el único oferente de la coordinación del servicio de telemedicina a nivel nacional.

La prerrogativa otorgada a los municipios y distritos a través de la entidad nacional que los agremia encajaría en la definición según la cual "El monopolio, desde el punto de vista económico se describe como la situación que se da cuando una empresa o un individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio. Por lo mismo, la figura puede constituirse tanto en la órbita de las relaciones económicas privadas como públicas" (sentencia C-154 de 1996).

La reserva de la administración del cero punto tres por ciento (0.3%) de la UPC para coordinar el servicio de telemedicina, a favor de la agremiación nacional de municipios, sería un monopolio que no encaja dentro de los aceptados por la Constitución, en la medida en que no se constituiría como arbitrio rentístico (o en otras palabras, se establecería un arbitrio rentístico a favor de un particular), ni se está frente a una actividad o un servicio que se reserve el Estado, pues se prestaría finalmente por las IPS (sentencia C-714-08).

Ahora bien, en caso de entenderse que se trata de una actividad que se reservó el Estado, es importante mencionar que no se cumplió con la indemnización previa y plena de las personas que quedan privadas del ejercicio de la actividad, como serían la EPS, al no poder continuar desarrollando el servicio de telemedicina. También se generaría una indemnización a favor de los prestadores de dichos servicios que actualmente son contratados por las EPS y que desaparecerán del mercado si no son contratados a dedo por parte de la mencionada agremiación.

#### 4.6.3. La norma demandada viola la libertad económica

El interviniente considera que en caso de entenderse que corresponde a los municipios y distritos a través de la entidad nacional que los agremia, administrar el 0.3% de la UPC, y seleccionar y contratar el o los prestadores de servicios de telemedicina a su libre albedrío, la norma establecería una restricción desproporcionada a la libertad económica, que no consulta los parámetros jurisprudenciales para permanecer en el ordenamiento legal.

Lo anterior, por cuanto se establecería una restricción a la libre competencia, en la medida en que ningún otro agente económico podría administrar el 0.3% de la UPC, ni seleccionar y contratar el o los prestadores de servicios de telemedicina. Al respecto recuerda que para restringir la libertad económica, se debieron señalar los motivos de la restricción y los límites a la libertad económica, lo cual, tal como se expuso en párrafos precedentes, no se cumplió, procediendo la declaratoria de inexecutable.

Tal restricción la encuentra desproporcionada, pues los beneficios de adoptar un privilegio a favor de la agremiación nacional de municipios exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. La jurisprudencia constitucional tiene claramente definido que cuando el legislador permite que a la prestación de un servicio público como el de salud acudan los particulares, se debe garantizar la libertad de empresa y la libre competencia, sin que se establezcan situaciones que impliquen prácticas restrictivas de la competencia o se orienten a obstruir o restringir la libertad económica (sentencia C-616 de 2001). Lo anterior evidencia la restricción a la libertad económica de todas las IPS que hoy prestan el servicio de telemedicina, diferentes a la IPS que seleccione la agremiación nacional de municipios a su libre albedrío.

#### 4.6.4. Derecho de Asociación.

Con el fin de ilustrar el concepto de violación del artículo 38 de la Constitución Política por parte de la norma demandada, en caso de entenderse que esta faculta a la entidad nacional que agremia a los municipios para administrar el 0.3% de la UPC para la prestación del servicio de telemedicina, y para seleccionar y contratar los prestadores de servicios, se afirma que se vulneraría el derecho de asociación en la medida en que se estaría definiendo el propósito de la agremiación y, se impediría a su vez que existan otras agremiaciones que tengan la referida finalidad.

El señalamiento del propósito de una agremiación, hace parte del ámbito de protección del derecho de asociación. La norma legal demandada vulneraría el derecho de asociación al establecer que la administración del 0.3% de la UPC para la prestación del servicio de telemedicina, la selección del proveedor y su contratación, son un proyecto colectivo de la agremiación nacional de municipios. Así mismo, se impediría que dos

o más agremiaciones nacionales de municipios definan que quieren desarrollar el mencionado proyecto colectivo.

4.6.5. Violación de los artículos 151 y 288 de la Constitución Política al no tramitarse la norma demandada mediante ley orgánica.

Afirma el representante de Acemi que la competencia otorgada a los municipios y distritos para hacer posible la prestación del servicio de telemedicina, a través de la entidad nacional que los agremia, es del resorte del legislador orgánico, por tratarse de una competencia de dirección en salud de los entes territoriales. Por tratarse de competencia normativa, de dirección de los entes territoriales, su expedición es de competencia del legislador orgánico, lo cual vicia de fondo la norma acusada, expedida por el legislador ordinario.

4.6.6. Violación al principio de igualdad

Reitera el interviniente se vulnera el principio de igualdad por establecer un privilegio desproporcionado a favor de la agremiación nacional de municipios. Ello por cuanto la disposición no supera el test integrado de igualdad propuesto, entre otras, en la sentencia C-093 de 2001. En la medida en que tal como se expuso, ningún otro agente económico podría destinar bienes de cualquier naturaleza para la administración del 0.3% de la UPC para los servicios de telemedicina, se restringe la libertad económica y en tal sentido la norma demandada es desproporcionada en estricto sentido. Como los prestadores serían los que escoja la agremiación nacional de municipios a su arbitrio, las demás IPS que actualmente prestan servicios de telemedicina quedarían excluidas del mercado, afectándose la libre competencia y el derecho a la igualdad.

Lo anterior determina la procedencia de la declaratoria de inexecutable de la disposición acusada.

4.7. Defensoría del Pueblo.

La Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, solicita la inexecutable del aparte de la disposición demandada, en tanto considera que ella puede propender a la concentración de este servicio en un solo operador, generando condiciones de monopolio que riñen contra la libertad de empresa y concentrando un porcentaje de la Unidad de Pago por Capitación UPC en una sola entidad. En relación con esta solicitud expresa:

4.7.1. Cosa juzgada constitucional.

Precisa la Defensoría del Pueblo que el inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, fue demandado en su totalidad en el pasado. Los cargos formulados en esa oportunidad procesal, al igual que en la actual demanda de inconstitucionalidad, guardan relación con el cuestionamiento de que la ley hubiese atribuido la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para la atención de sus afiliados a los municipios y distritos, "a través de la entidad nacional que los agremia", esto es, con la asignación de la administración del 0,3% de la Unidad de Pago por Capitación por esa entidad y con los fines señalados.

En ese orden de ideas, a pesar de que en la parte resolutoria de la sentencia C- 714 de 2008 se restringe su alcance a los cargos analizados en ella, posibilitando una nueva demanda por cargos distintos, observa la Defensoría del Pueblo que los fundamentos formulados contra la expresión del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007 son, a su juicio, sustancialmente similares a los presentados en aquella ocasión, así estén revestidos de una denominación distinta e integrados también de manera diferente, lo que conduce necesariamente a que la Corte deba estarse a lo resuelto en ella.

4.7.1.1. Cargo relacionado con la violación del principio de la democracia participativa y deliberativa, por inexistencia de debate legislativo, respecto de los motivos por los cuales se "obliga" a los municipios a agremiarse en una única entidad del orden nacional, encargada de la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional.

Para la Defensoría este cargo coincide con el relativo a la falta de aval del Gobierno Nacional para incluir la modificación que habría hecho el Congreso de otorgar a la entidad que agremia nacionalmente a los municipios colombianos, la coordinación y funcionamiento de los servicios de Telemedicina, estudiado en la sentencia C-714 de 2008. En aquella ocasión, para la Defensoría, las omisiones observadas en el trámite de la iniciativa legislativa habrían conducido en principio, a la inconstitucionalidad de la totalidad del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º del Plan Nacional de Desarrollo, pero para la Corte Constitucional no lo fue, en tanto que la norma demandada no afectó el equilibrio del Plan de Inversiones propuesto, en los términos del inciso 4º del artículo 341 de la Constitución Política.

4.7.1.2. Cargo relacionado con la violación de los derechos a la libertad de asociación y autonomía territorial.

En relación con los servicios de Telemedicina que la ley entrega para su coordinación a los municipios y distritos a través de una entidad nacional que los agremia, señala la Defensoría que este cargo fue propuesto a la Corte en la demanda que fue decidida mediante la sentencia C-714 de 2008. Para la Defensoría el actor parte del equívoco de suponer que los municipios colombianos deben estar obligatoriamente afiliados a una misma entidad gremial nacional para acceder a los beneficios de los servicios de Telemedicina, sin tener en cuenta que la norma no restringe ni limita el derecho de los municipios a crear nuevas asociaciones, vincularse a las existentes, escoger libremente a qué asociación vincularse, asociarse o retirarse.

La expresión demandada no desconoce tampoco la autonomía de los concejos municipales, corporaciones administrativas a las que les corresponde autorizar la celebración de contratos a los alcaldes (artículo 313-3 C.P.) ni la de los propios alcaldes, a quienes les corresponde dirigir la acción administrativa del municipio (artículo 315-5 C.P.). La expresión demandada no desborda los límites mínimos y máximos de la autonomía de los entes territoriales (artículo 287 C.P.), toda vez que no contempla exigencia a los municipios de hacer obligatoria y forzosamente parte de una agremiación gremial nacional, como lo considera el actor.

4.7.1.3. Cargo relacionado con que la expresión demandada sólo puede ser objeto de una ley estatutaria.

En relación con este cargo el interviniente señala que la expresión demandada al disponer que la entidad nacional que agremia a los municipios hará posible la prestación del servicio de telemedicina, cambia el esquema de la forma de prestación de los servicios de salud contemplado en la Ley 100 de 1993, con lo cual se modifican los servicios y programas que hacen parte del núcleo esencial del derecho a la salud, lo cual ha debido hacerse mediante una ley estatutaria, única forma dentro del ordenamiento jurídico constitucional colombiano competente para regular los aspectos esenciales de un derecho fundamental.

Finalmente, llama la atención de la Defensoría del Pueblo, el argumento contradictorio que se observa en los cargos de la demanda, en relación con el principio de reserva de ley estatutaria. Mientras por un lado, el actor en el cargo relacionado con la violación de los derechos a la libertad de asociación y autonomía territorial que le atribuye a la expresión demandada, afirma que su creación política "*ha debido hacerse mediante una ley orgánica*", en el último cargo señala lo contrario, esto es, que debió haber estado sujeta a la protección o reserva de una ley estatutaria.

4.7.1.4. Otras consideraciones de la Defensoría del Pueblo

Sobre si es procedente desde el punto de vista técnico que la entidad que agremia nacionalmente a los municipios del país, que no hace parte del sistema general de seguridad social en salud, desarrolle organice y administre los recursos de los servicios de Telemedicina y transporte aéreo medicalizado, considera la Defensoría del Pueblo, que estos servicios, previo desarrollo reglamentario, debe ser garantizado por las respectivas EPS, previamente incluido por la Comisión de Regulación en Salud al paquete de beneficios de ambos regímenes y estar técnicamente costeados dentro del valor de la prima de aseguramiento del sistema, conocida como Unidad de Pago por Capitación -UPC.

En conclusión, la Defensoría del Pueblo considera que los apartes contenidos en el inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la ley 1151 de 2007, pueden propender a la concentración de este servicio en un solo operador, generando condiciones de monopolio que riñen contra la libertad de empresa y concentrando un porcentaje de la Unidad de Pago por Capitación UPC, en una sola entidad.

4.8. Departamento Nacional de Planeación.

El Departamento Nacional de Planeación a través de apoderada, se hace presente como interviniente y coadyuvante en la presente acción de inconstitucionalidad, con fundamento en los siguientes argumentos:

4.8.1. Cosa juzgada.

Para el Departamento Nacional de Planeación si bien existen dos pronunciamientos respecto de la misma norma, sentencias C-714 de 2008 y C-1059 de 2008, lo cierto es que la primera solo declaró la exequibilidad por los cargos analizados y la segunda se limitó a inhibirse y estarse a lo resuelto en la primera de ellas. De esta forma concluye que es posible pronunciarse sobre los cargos formulados mediante la demanda que es objeto de estudio en razón a que no se estableció nada respecto de los cargos propuestas en la presente demanda.

4.8.2. Los artículos 1º, 38 y 287 Superiores.

Indica el DNP que la salud es un derecho fundamental autónomo, en tal virtud el Estado está en la obligación de garantizarlo. Así, en desarrollo del derecho a la igualdad existen ciertos sectores de la población que cuentan con una protección constitucional reforzada. De esta forma, las normas que realizan una destinación intrasectorial en los términos de la Ley 1151, obstaculizan la accesibilidad de los servicios pues limitan los recursos sin tener en cuenta la acción afirmativa. Lo anterior, por cuanto la norma demandada genera una serie de restricciones operativas frente al manejo de la Unidad de Pago por Capitación, rompe la noción de sistema y de la atención en salud por demanda y necesidad tal como se indica en la sentencia T-760 de 2008, ello porque la unidad de pago por capitación representa un valor para la prestación integral de un servicio de salud del afiliado.

En cuanto a los planes y prestaciones a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud la Ley 100 de 1993, señaló que se tiene un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio, el cual ya comprende los servicios de telemedicina. En ese orden, las entidades promotoras de salud EPS, tienen como función la promoción de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados y la administración idónea de esos recursos públicos de carácter parafiscal -artículo 177 de la Ley 100 de 1993-, siendo su función garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud y girar la diferencia entre la cotización de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al fondo de solidaridad y garantía.

El papel de la EPS no se reduce a ser espectador en la función de aseguramiento sino de verdadero promotor gestionando y coordinando la oferta de servicios de salud -sentencia C-106 de 1997-. Las EPS además de recaudar las cotizaciones deben organizar y prestar los servicios previstos en el Plan Obligatorio de Salud. Para garantizar la destinación sectorial de los recursos se recuerda que la UPC tiene el carácter de recurso parafiscal. De allí que nada explica que se rompa el concepto de Unidad de Pago por Capitación que financia un plan integral, para destinar un porcentaje del 0.3% de ésta unidad al pago del servicio de telemedicina que no es necesario en todos los casos y para todos los pacientes sino que puede ser contingente, quitándole su administración a la EPS, trasladándola a un tercero que nada sabe de salud para que ésta básicamente haga lo mismo que una EPS y contrate el servicio de una IPS según lo señaló la Corte.

4.9. Ministerio de la Protección Social.

La representante del Ministerio considera que con la demanda se pretende que sean los municipios y los distritos quienes directamente se encarguen de hacer posible la prestación del servicio de telemedicina, sin que se requiera de una entidad que los agremie nacionalmente para

ejercer sus competencias, toda vez que desde el punto de vista constitucional no resulta admisible que una ley imponga a las entidades territoriales la obligación de agremiarse para la prestación del servicio público de salud. Estima el Ministerio que de ser declarada inexecutable la expresión que se demanda, se evitaría que la única entidad que en la actualidad agremia a los municipios, decida cómo se debe disponer de la ejecución de sus recursos, así como los de las EPS's que son las entidades que recaudan las cotizaciones y las administran. El 0.3% de la UPC equivale anualmente a pesos de hoy a CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$46.800.000.000.00) aproximadamente, es decir, SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$748.800.000.000.00) en diez y seis (16) años, como lo estiman algunos intérpretes sin que pueda pensarse que la atribución resulta indefinida.

#### 4.9.1. Cosa juzgada.

Señala el Ministerio que los cargos analizados en la demanda C-714 de 2008 fueron los siguientes: i. La competencia de la Presidenta del Congreso de la República para sancionar la Ley 1151 de 2007. ii. La unidad de materia. iii. La necesidad de aval del Gobierno para incluir modificaciones al Plan de Inversiones Públicas, cuando no se altera el equilibrio financiero del plan de inversiones. iv. El alcance del principio de destinación específica de los recursos de seguridad social. v. La prohibición de utilizar recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Dado que los cargos que por esta demanda se plantean son: autonomía territorial y derecho a la libre asociación, el Ministerio encuentra que son diferentes a los ya estudiados y, en consecuencia, no existe cosa juzgada. De otra parte, en la sentencia C-1059 de 2008 la Corte se declaró inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda.

#### 4.9.2. Elementos estructurales de la disposición demandada.

Se trata de una disposición jurídica compuesta que contempla una obligación principal en cabeza de las EPS tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado y, posteriormente, un condicionamiento a los municipios y distritos de agremiarse, transferir sus competencias a una entidad que los agremie para que puedan hacer posible el servicio de telemedicina. La norma consta de dos partes, como se presenta a continuación:

El aparte A, según el cual "*Para garantizar lo establecido en el parágrafo 2o del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados;*", en el cual el sujeto activo son las EPS del régimen contributivo y subsidiado, el verbo rector *dedicar* que supone la obligación de comprometer y ejecutar los recursos mediante contratos con la IPS, el objeto del verbo rector el *0.3% de la UPC*, con el objetivo de coordinar y financiar los servicios de telemedicina con cobertura nacional, tanto para la promoción en salud como la atención a sus afiliados y de esta manera lograr la materialización del parágrafo 2 del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007.

El aparte B, según el cual "*los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio.*", por la cual se ordena al sujeto activo *municipios y distritos* a, verbo rector *hacer lo posible*, que no supone la prestación directa del servicio sino que quien tenga la competencia lo ejecute efectivamente, para lo cual establece un condicionamiento y, es la obligatoriedad de las entidades territoriales de asociarse para efectos de hacer posible el servicio de telemedicina. Elementos estructurales del aparte B del inciso 23 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007.

Lo anterior supone que cada uno de los apartes de la norma tienen propósitos diferentes, pero ambos resultan inconstitucionales, razón por la cual solicita realizar integración normativa.

#### 4.9.3. Desconocimiento de la Autonomía de las entidades territoriales.

La proposición demandada obliga a que las EPS tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado presten el servicio, siguiendo los lineamientos establecidos ya no por los municipios y distritos directamente, sino por un tercero independiente de ellos en torno al cual se deben asociar. Teniendo en cuenta la estructura del inciso 23 del numeral 3.3. del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, en la forma antes presentada, es claro que para la ejecución o actualización de la disposición jurídica que se revisa es obligatorio que los municipios y distritos del país estén agremiados en una única entidad, no obstante, la decisión del constituyente primario - artículos 1 y 287 de la Constitución Política- fue que las entidades territoriales cuenten con autonomía para la gestión de sus intereses. Obligar a los municipios y distritos a agremiarse viola la autonomía contractual de las entidades territoriales al no permitirles decidir libremente si quieren asociarse o no con otros municipios, la finalidad de la asociación y si desean o no constituir una agremiación.

#### 4.9.4. Desconocimiento del principio de ley orgánica.

Considera el Ministerio que el cargo debe prosperar como quiera que a través de la disposición demandada el legislador reguló competencias territoriales en cuanto a la prestación del servicio de salud, lo cual únicamente sería posible a través de Ley Orgánica en los términos del artículo 151 Constitucional. Lo anterior se confirma porque la disposición demandada modificó las competencias señaladas a los municipios en el inciso 2º del artículo 46 de la Ley Orgánica 715 de 2001.

#### 4.9.5. Desconocimiento del principio de libertad de asociación.

El Congreso de la República al condicionar la eficacia del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 a la existencia de una única entidad que agremie nacionalmente los municipios y distritos, desconoce que éstos a la luz del artículo 38 de la Constitución Política

pueden crear más de una entidad que los agremie, así como determinar distintas finalidades para ellas, vincularse a más de una asociación, escoger libremente si se agremian o no y, en caso de hacerlo, decidir respecto del tipo de asociación a la que desean vincularse en consideración a que las personas jurídicas de derecho público también son titulares del derecho a la libre asociación.

#### 4.9.6. Desconocimiento del principio de democracia deliberativa.

Como quiera que ni en la exposición de motivos ni en las ponencias para primer debate conjunto o segundo debate en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes consta la razón para otorgar a la entidad que agremia a los municipios colombianos nacionalmente la función de hacer posible que se preste el servicio de telemedicina, se hace evidente el desconocimiento del principio de legalidad instrumental por inexistencia de deliberación, lo cual constituye un vicio material ante la no verificación en el *iter* de creación legislativa. De manera que si una disposición desconoce el aspecto material del principio de legalidad será inconstitucional por violación al contenido material de la Constitución, en tanto que desconoce el principio democrático y los derechos fundamentales de los ciudadanos de vivir en una democracia real y no meramente formal.

#### 4.9.7. Desconocimiento del principio de ley estatutaria.

Se desconoce el principio de reserva de ley estatutaria al establecer la norma que la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos debe hacer lo posible para la prestación del servicio de telemedicina, en tanto cambia el esquema de prestación de los servicios de salud contemplado en la Ley 100 de 1993, con lo cual se modifican los servicios y programas que hacen parte del núcleo esencial del derecho a la salud. En concepto del Ministerio, la disposición demandada no responde a otra cosa que a una modificación inconsulta del Plan de Desarrollo con el fin de desviar recursos a unos fines aparentemente loables que benefician a unos pocos a costa del esfuerzo de muchos.

Finalmente, solicita el Ministerio la realización de una audiencia pública con la presencia del señor Ministro de la Protección Social, si la Corte así lo estima procedente.

#### 4.10. Secretaria de Salud del Municipio de Medellín.

La representante de la Secretaria de Salud del Municipio de Medellín, atendiendo la solicitud de intervención, manifiesta que respalda los argumentos del demandante pues mediante la expresión "*a través de la entidad nacional que los agremia*" efectivamente se desconoce la autonomía de los municipios, dado que los obliga a agremiarse nacionalmente y a hacerlo en una sola entidad. La autonomía contractual de los municipios trae consigo el derecho a decidir si deben o no asociarse con otros municipios. Prueba de ello es que el Municipio de Medellín, en ejercicio de su derecho de libre asociación, decidió retirarse de la Federación Colombiana de Municipios, previa autorización del Concejo Municipal mediante Acuerdo No. 70 de 2009.

#### 4.11. Secretaría de Salud de los Distritos Especiales de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta.

Señalan los representantes de las Secretarías de Salud de los Distritos Especiales de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta que la Federación Nacional de Municipios contrató directamente con un particular mediante la modalidad de concesión, los servicios de telemedicina por un término de 16 años -adjuntan copia del contrato-, lo cual resulta reprochable si se tiene en cuenta que esa asociación no agremia ni representa los intereses de todos los municipios colombianos, máxime cuando recientemente algunos de los municipios más poblados del país han resuelto retirarse de dicha Federación.

Indican que los municipios del país son titulares de la competencia de prestar el servicio de salud en su jurisdicción, de manera que la norma sí incurre en un error al limitar la prestación de los servicios de salud a la preexistencia de una asociación de municipios del orden nacional. Al tiempo que impone indebidamente el deber de asociarse, lo que resulta abiertamente inconstitucional pues es parte de la autonomía territorial decidir si se crean o no asociaciones.

#### 4.12. Intervención de la ciudadana Jenny Santander Medina.

La ciudadana Jenny Santander Medina solicita a la Corte declararse inhibida para conocer de la constitucionalidad del aparte de la disposición que se demanda en razón a que los Planes de Desarrollo tienen una vigencia sometida a un plazo que va desde que comienzan a regir -promulgación- hasta el último año en que finaliza el cuatrienio presidencial -31 de diciembre del cuarto año de Gobierno-. Así pues, la Ley 1151 de 2007 dejará de regir el 31 de diciembre de 2010, de manera que sólo tiene de dos a tres meses de vigencia, período dentro del cual no es viable que el Gobierno cumpla con estos objetivos en el último tiempo de vigencia.

#### 4.13. Intervención de Adriana Carolina Parra Henández.

La ciudadana Adriana Carolina Hernández afirma que la sentencia C-506 de 9 de noviembre de 1995, señaló que el municipio es célula fundamental de la estructura política y administrativa del Estado; lo que significa que el poder central no puede intervenir en las decisiones y gestiones del nivel local, de acuerdo con las competencias establecidas, pues si ello ocurre se compromete la autonomía administrativa, patrimonial y fiscal que la Constitución les reconoce a los entes territoriales descentralizados con la limitaciones señaladas por la Constitución y la ley.

Lo anterior implica que las autoridades territoriales no pueden ser compelidas a asociarse para prestar un servicio público ni a que se les imponga la forma en que este debe ser prestado, tal como lo hace la norma demandada. Los municipios en uso de su atribución constitucional de entes autónomos, tienen la facultad de decidir los mecanismos que adoptan para la prestación de un servicio público, de manera que mal

hace el legislador en imponerles, para el caso de los municipios, que tengan que asociarse y más que tengan que hacerlo en una agremiación nacional.

Si bien el legislador está autorizado para intervenir en asuntos locales, a fin de garantizar y defender los intereses del orden nacional, ello no puede dar lugar a inmiscuirse en asuntos que son de competencia exclusiva de los municipios, vulnerando el núcleo esencial de la autonomía territorial.

En cuanto a la libertad de asociación de los municipios se desconoce la posibilidad que éstos tienen como personas jurídicas autónomas de crear asociaciones, separarse de ellas o acabar las que existen. De allí que la norma parte de un supuesto equivocado, cual es que solo exista una entidad nacional que los agremie. Se viola además el derecho de los municipios de crear nuevas asociaciones. De esta manera es inherente al derecho de asociación la libertad y la facultad autónoma inescindibles entre sí, desde el punto de vista positivo, la posibilidad de unirse a un grupo o negativa, la facultad de abstenerse a hacerlo.

La norma que se demanda vulnera el precepto constitucional en su sentido negativo, pues compele a los municipios a hacer parte de una agremiación del orden nacional, para que a través de ella se haga posible el servicio de telemedicina con lo cual aparece de manifiesto que se coarta la libertad de los municipios de decidir si se agremian o no y con quién. La norma: 1.) obliga a los municipios a asociarse. 2) presupone la existencia de la agremiación, una sola. 3) supedita la prestación de un servicio público a la existencia de esa agremiación de municipios, lo cual acredita con suficiencia la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

En desarrollo de la norma que se reprocha la Federación Nacional de Municipios se auto designó destinataria de la disposición y firmó un contrato de concesión para la prestación de servicios de telemedicina – contrato número 67 de 1º de octubre de 2008, anexa copia- con un plazo de 16 años y por un monto de \$630.203.832.899.00, con una unión temporal que tiene entre sus miembros varias firmas de nacionalidad española, que hoy tramitan una demanda a través de arbitramento internacional en contra del Estado colombiano por incumplimiento de contrato. Así, la Unión Temporal contratada, notificó de la controversia al gobierno colombiano el día 25 de marzo de 2010 -anexa copia- alegando que procederá a demandar, toda vez que ya agotó la etapa de arreglo directo requisito al que alude el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de inversiones suscrito por el Gobierno de Colombia y el Reino de España, aprobado mediante la Ley 1069 de 2006.

Al efecto, anexa también copia de la acción de cumplimiento iniciada por la Federación Nacional de Municipios en la que asegura que se ha incumplido el contrato citado en razón a que las EPS del régimen subsidiado y contributivo se niegan a trasladar el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación con que se financia el POS, con destino al servicio de telemedicina. El juez de la causa declaró improcedente la acción al considerar que la vía para actuar era la acción popular. Es así como la interviniente remite copia de tres demandas de acción popular que se tramitan en los juzgados 35, 23 y 17 administrativos de Bogotá, respectivamente, con el fin de obtener el traslado de fondos de las EPS a la Federación Nacional de Municipios.

Por todo lo expuesto, insiste la interviniente en la inexecutable de la norma demandada.

#### V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación mediante concepto No. 4997 se pronunció en relación con la constitucionalidad de la expresión demandada del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007, señalando la existencia de cosa juzgada en los siguientes términos:

Considera el Ministerio Público que respecto de la Sentencia C-714 de 2008, el actor trata de hacer un esfuerzo argumentativo para demostrar que sus cargos son novedosos. Sin embargo, la cosa juzgada constitucional, conforme lo dice la Corte en la Sentencia C-288 de 2009, se configura cuando: i) se propone estudiar el mismo contenido normativo de la misma proposición normativa, ya estudiada en una sentencia anterior, y (ii) se propone dicho estudio por las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior. En presencia de estas dos condiciones se genera la obligación de estarse a lo resuelto en la sentencia anterior.

El Ministerio Público, luego de revisar la demanda decidida en la Sentencia C-714 de 2008 y la presentada en este caso, encuentra que sí se configuran los precitados requisitos, por lo cual solicita a la Corte estarse a lo resuelto en dicha sentencia. El recurso de pretender eludir los efectos de la cosa juzgada constitucional, con la cita de otras disposiciones constitucionales, pero con el mismo discurso, con la misma controversia y una argumentación análoga, no es suficiente para desvirtuar la cosa juzgada constitucional.

En cuanto a la expresión demandada "*a través de la entidad nacional que los agremia*", los cargos que formula el demandante son semejantes a los que fueron estudiados por la Corte en la Sentencia C-714 de 2008. En dicha providencia se declaró la constitucionalidad condicionada de la referida expresión, como ya se ha reseñado:

"En primer lugar, ninguna objeción cabe por el hecho de que estos recursos, que como se ha aceptado, tienen el carácter de una contribución parafiscal, sean administrados por una entidad privada. A este respecto, recuerda la Corte que lo usual en la tradición jurídica colombiana es que estas contribuciones sean administradas por organizaciones que representen a la comunidad de beneficiarios de los servicios que a través del establecimiento de la contribución se pretende financiar, por lo que en realidad resulta frecuente que se trate de entidades de carácter privado.

En consideración a lo expuesto el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar la existencia de cosa juzgada constitucional y, en consecuencia, estarse a lo resuelto en la sentencia C-714 de 2008.

#### VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Primero. Competencia.

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, en los términos previstos por el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, al dirigirse contra disposiciones que integran una ley.

Segundo. Lo que demanda.

2. Plantea el actor, luego de advertir que no existe cosa juzgada en relación con la sentencia C-714 de 2008, que la expresión demandada vulnera la autonomía de las entidades territoriales en el ejercicio de sus competencias y potestades, pues las somete a hacer posible el servicio de telemedicina a través de la "entidad nacional que las agremia". Con esta expresión se coarta la facultad de los municipios y distritos de ejercer con autonomía las competencias en salud que les fueron asignadas –artículo 286 Superior-, así como su derecho de libre asociación –artículo 38 Superior-, en este caso, inherente a la autonomía territorial. La expresión demandada limita la capacidad de administración que tienen los entes territoriales frente a la ejecución de sus recursos y al ejercicio de sus competencias, en la medida que restringe su facultad para decidir si es necesario asociarse o no para desarrollar la telemedicina, en caso de ser necesario con quién lo hacen y, si la asociación debe tener un carácter local, regional o nacional, así como su facultad de determinar qué tan rentable puede resultar a la entidad territorial desde el punto de vista costo-beneficio asociarse con una entidad del orden nacional, en tanto ello implica destinar recursos de salud a gastos de intermediación o administración que pueden resultar no necesarios.

En ese orden, a juicio del actor, la expresión que se demanda, coacciona a las entidades territoriales a la suscripción de un contrato de asociación que desconoce la facultad de los Concejos de autorizar al alcalde la celebración de contratos –artículo 313-3 de la C.P.- y de los alcaldes de dirigir la acción administrativa de municipio.

En términos del actor, se vulnera también el artículo 58 Superior al crear derechos exclusivos a favor de una persona jurídica privada del nivel nacional a la cual los municipios y distritos deben acceder para hacer posible la prestación del servicio de telemedicina, con lo cual se desconoce que los municipios pueden asociarse entre sí o a través de sus departamentos o con el departamento al cual pertenecen o acceder a otras asociaciones y/o agremiaciones de distintos niveles.

Considera también el demandante que para efectos de distribuir competencias en los entes territoriales es necesario que medie una ley orgánica y, en este caso pese a que hubo reparto de competencias, la norma fue tramitada mediante ley ordinaria, aspecto que vulnera el principio de reserva de Ley Orgánica. Afirma también el actor que la prestación de servicios de telemedicina altera el núcleo esencial del servicio de salud, así como toda la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, al haberse establecido la obligación de prestar los servicios de telemedicina en cabeza de los municipios y distritos mediante una ley ordinaria, se vulneró el principio de reserva de ley estatutaria en términos del artículo 152 Superior.

Finalmente, el actor estima que se vulnera desde el punto de vista material el principio de democracia deliberativa en cuanto en ninguna de las deliberaciones efectuadas a la ley durante su trámite en el Congreso, se expresaron las razones por las cuales se hacía necesaria de manera obligatoria la intermediación de la entidad que agremia nacionalmente a los municipios y distritos, para efectos de la prestación del servicio de telemedicina.

3. Para el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, existe cosa juzgada material por efecto de la sentencia C-714 de 2008, a pesar de que en la parte resolutoria de esta sentencia se restrinja la declaratoria de exequibilidad a los cargos analizados. Al margen de ello, la Defensoría del Pueblo considera que, en todo caso, no se vulneran los derechos a la autonomía territorial o el derecho de libre asociación, pues en su criterio la norma no limita a los municipios a que la competencia se ejerza a través de una única asociación, pero indica la inconveniencia de la norma por romper el equilibrio del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4. Las intervenciones realizadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Universidad Javeriana, Distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta, Municipio de Medellín, Acemi, Superintendencia Nacional de Salud y Adriana Carolina Parra Hernández, entre otros, encuentran la norma inexecutable, por vulneración directa a la autonomía territorial y al derecho de asociación. Otras intervenciones encuentran inexecutable la expresión demandada por encontrar que se vulneran distintos preceptos constitucionales como: el artículo 334 relativo al derecho de libre competencia ( Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de la Protección Social, Departamento Nacional de Planeación, Superintendencia Nacional de Salud, Acemi.); el artículo 210 en cuanto a la descentralización por colaboración (Universidad Javeriana); el artículo 209 por infringir los principios generales de la función pública (Universidad Javeriana); el artículo 355 por permitir velados auxilios a favor de una única agremiación (Universidad Javeriana); los artículos 333 y 336 por favorecer un régimen de monopolio a favor de la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos, en cuanto el servicio de telemedicina sólo puede hacerse posible a través de una única entidad (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de la Protección Social, Departamento Nacional de Planeación); el artículo 49 por vulnerar el régimen de participación de entidades privadas en la prestación de los servicios de salud y, el principio de eficiencia, al reducir en forma ostensible los recursos de la Unidad de Pago por Capitación, dado que estos recursos deben destinarse en primera instancia a la prestación de servicios de salud y no al pago de gastos de administración o intermediación ( Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de la Protección Social, Departamento Nacional de Planeación); el artículo 150 numeral 20 relativo a libertad económica (Acemi).

5. En las intervenciones de la Universidad del Rosario y la Federación Nacional de Municipios, se plantea que el aparte de la disposición demandada no afecta la autonomía territorial y, por el contrario, se tiene como expresión del principio de subsidiariedad y colaboración, de manera que la actividad resulta exequible siempre que se efectúe en los términos de la sentencia C-714 de 2008. De otra parte, el derecho de

asociación no debe comprenderse como un derecho absoluto, pues sobre el interés particular prima el interés general como en el caso en estudio.

6. En general, coinciden los intervinientes en plantear que existe una contradicción del actor, pues de una parte señala que por tratarse de reparto de competencias municipales la ley que señaló esta condición a los municipios debió ser orgánica y, de otra, que por tocar el núcleo central del derecho a la salud la ley que le dio origen a la expresión demandada debió ser una de naturaleza estatutaria. Al respecto, se indica la inexistencia de violación de ley estatutaria en tanto no existe ninguna modificación al Sistema General de Seguridad en Salud que afecte el núcleo central del derecho a la salud. Tampoco se está frente a una violación de ley orgánica si se tiene en cuenta que la competencia que se demanda fue materia de la Ley 1176 de 2007 por la cual se modificó la Ley 715 de 2001 –Ley Orgánica-

Tercero. Problema Jurídico

7. Los problemas jurídicos a resolver por la Sala Plena, que se deducen tanto de las particularidades del caso concreto como de los cargos formulados por el actor son los siguientes: i) ¿Existe cosa juzgada respecto de la Sentencia C- 714 de 2008, así como frente a las sentencias C-1059 de 2008 y C-593 de 2010?. ii) ¿Es necesario proceder a la integración normativa de la expresión demanda con la integridad de la disposición en la cual ésta se halla inserta? ¿Debe realizarse integración normativa del inciso 23 del numeral 3.3. del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 con otras disposiciones que replican o introducen el texto de la norma que parcialmente se demandada?. iii) ¿Se vulneró el principio de reserva estatutaria al tramitarse como ley ordinaria la disposición que parcialmente se demanda?. iv.) ¿Se vulneró el principio de reserva de ley orgánica al tramitarse como ley ordinaria la disposición que parcialmente se demanda?. v.) ¿Se vulnera el derecho a la autonomía territorial de los municipios y distritos al condicionarlos a hacer posible el servicio de telemedicina, propio de sus competencias en salud "a través de la entidad nacional que las agremia".? ¿Vulnera este condicionamiento el derecho de asociación de las entidades territoriales?. v.)¿Vulnera el principio de eficiencia contenido en los artículo 49 de la Constitución Política, la decisión del legislador de conminar a las Empresas Prestadoras de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, a destinar el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación al servicio de telemedicina.?. vi.) ¿Se lesiona el principio de democracia deliberativa al no señalar en los respectivos debates que surtió la norma que parcialmente se demanda, la razón que llevó al legislador a ordenar a los municipios hacer posible el servicio de telemedicina a través de la entidad nacional que los agremia?.

Cuarto. Cosa juzgada.

8. De manera previa al análisis de los cargos sometidos a consideración de la Corte, se revisará a continuación el contenido de la sentencia C-714 de 2008, por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, cuyo texto es demandado en esta oportunidad de manera parcial, con el fin de verificar la presencia de cosa juzgada en los términos propuestos por el Ministerio Público.

9. Como lo ha señalado en forma reiterada esta Corporación, la cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política, mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto, así como la prohibición para el Legislador de reproducir el contenido material de la norma declarada inexecutable, caso en el cual la nueva norma será igualmente inexecutable.

De otra parte, la Corte ha señalado que los efectos de la cosa juzgada constitucional no son siempre iguales y que existen varios tipos que pueden, incluso, modular los efectos vinculantes del fallo. Así, la cosa juzgada constitucional puede ser: i) formal, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual; iii) absoluta, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confrontó la norma acusada con toda la Constitución, por lo que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, en aquellos casos en los que la Corte no limitó expresamente la cosa juzgada, se entiende que hizo una comparación de la norma acusada con toda la Carta y, iv) relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior.

10. En el caso concreto, se plantea una posible cosa juzgada formal respecto del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, cuyo texto fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, al declararlo exequible de manera condicionada mediante la sentencia C-714 de 2008. Sin embargo, como bien lo sostiene la jurisprudencia, para que se configure la cosa juzgada no basta con la identidad del contenido entre el aparte que se acusa y los declarados exequibles, ya que en todo caso, será necesario hacer un examen de constitucionalidad con el fin de establecer si en relación con los preceptos acusados subsisten las razones que condujeron al pronunciamiento de exequibilidad en la decisión previamente adoptada o si la norma se acusa por cargos no estudiados por la Corte Constitucional.

Así, las sentencias sobre disposiciones exequibles operan como precedentes, con el fin de asegurar la consistencia de las decisiones, preservar la seguridad jurídica y garantizar el derecho a la igualdad, pero tal como se concluyó en la sentencia C-860 de 2006, la constitucionalidad de una disposición no depende solamente de su tenor literal sino también del contexto jurídico en el cual se inserta, al igual que de las circunstancias fácticas que rodean la aplicación de la norma.

En conclusión, la identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible no puede ser un argumento concluyente para negarse de entrada a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada, pues dicha figura –entendida como

la obligación de estarse a lo resuelto en un pronunciamiento anterior- está supeditada a verificar la concurrencia de los elementos que para esos casos sistematizó la Corte:

"(i) Que exista una sentencia de constitucionalidad sobre la misma disposición incluida en el mismo cuerpo normativo, respecto de la cual se solicita estudio posterior (identidad formal).

(ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud de estudio.

(iii) Que no se hayan producido cambios económicos, sociales, culturales, políticos e, incluso, ideológicos sustancialmente significativos que hagan insostenible, a la luz de la Constitución, el pronunciamiento anterior. Esto es, que se presente una identidad en el contexto fáctico y normativo entre el momento en que la Corte hizo su anterior pronunciamiento y el momento en que se solicita el nuevo análisis." (Resaltado fuera de texto)

11. De conformidad con las consideraciones expuestas, para la Corte resulta evidente que existe identidad formal entre el texto declarado exequible de manera condicionada por la sentencia C-714 de 2008 y el texto normativo del cual forma parte la expresión que en la actualidad se demanda. En consecuencia, pasa la Corte a estudiar si existe identidad entre los cargos que fundamentaron en aquella ocasión el juicio de exequibilidad y aquellos que sustentan la nueva solicitud de inconstitucionalidad.

No existe identidad absoluta entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia C-714 de 2008 y aquellos que sustentan los cargos en la presente demanda.

12. En la sentencia C-714 de 2008 la Corte Constitucional analizó los cargos que se exponen a continuación y sobre ellos sostuvo:

| Cargo   | Decisión de la Corte   |
|---|--|
| 1. La incompetencia de la Presidenta del Congreso para sancionar la Ley 1151 de 2007.   | Al respecto la Corte encontró probada la extemporaneidad en la publicación de las objeciones presidenciales en el Diario Oficial por parte del Gobierno Nacional debido a que el Congreso se hallaba en receso. Para la Corporación el trámite de publicación no se agota con el envío de las objeciones a la Imprenta Nacional sino con la efectiva publicación. Correspondía entonces a la Presidenta del Congreso sancionar el aludido proyecto de conformidad con el artículo 168 Constitucional.  |
| 2. Violación del principio de unidad de materia en relación con los objetivos del Plan de Desarrollo -artículo 158 de la C.P. El cargo se concreta en que: (a) La norma altera parcialmente el destino de las unidades de pago por capitación, al tratarse de recursos parafiscales cuya destinación no puede variarse libremente por el legislador y, (b) asigna la función de prestación del servicio público de salud a una entidad privada como es aquella que agremia los distritos y municipios del país. | La Corte indicó que la Ley del Plan tiene un contenido diverso y multitemático, circunstancia que excluye el reproche por violación del artículo 158 superior. Ello sin perjuicio de que los proyectos o disposiciones contenidas en el Plan deban guardar conexidad con los objetivos de éste. En el caso concreto, el artículo 6 numeral 3 contiene el objetivo relativo a la reducción a la pobreza, promoción del empleo y la equidad incluyendo el Sistema de Protección Social como componente de dicha política. De esta forma, los servicios de telemedicina y transporte aéreo medicalizado guardan relación directa con dichos logros. Así, la asignación de recursos de la UPC a estos servicios también de salud no constituye un acto prohibido al legislador. De allí que esta disposición no resulte extraña al Plan ya que al referirse a los mecanismos de financiación y a la entidad responsable de implementarlos, estas medidas son conducentes al logro del objetivo reseñado. |

|  |   |
|--|---|
| <p>3. Ausencia de aval gubernamental, necesario para realizar cambios por iniciativa del Congreso en determinados contenidos del Plan de Desarrollo propuesto por el Gobierno –artículos 154 y 341 de la C.P.</p>  | <p>Recuerda la Corte que en cualquier momento el Congreso puede introducir reformas en el Plan, siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Esta restricción se refiere únicamente al contenido del Plan de Inversiones, pero que no aplica para las restantes disposiciones que lo integran, respecto de las cuales el Congreso tiene libertad para introducir modificaciones sin contar con el aval del Gobierno.</p> <p>La Corte concluyó que si bien el inciso 23 del numeral 3.3. del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, fue incluido por el Congreso sin aval del Gobierno, con éste no se afectó el equilibrio del Plan de Inversiones. Para arribar a esta conclusión la Corte analizó los dos segmentos normativos del inciso demandado: La finalidad: establecer una fuente de financiación para asegurar la prestación del servicio de telemedicina. Para ello el precepto ordena: <i>"las Empresas Promotoras de Salud EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedican el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación"</i> para la coordinación y financiación de estos servicios <i>"con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados"</i>. A continuación la norma establece la obligación para los municipios y distritos de <i>"hacer posible la prestación de este servicio"</i>, responsabilidad que cumplirán <i>"a través de la entidad nacional que los agremia"</i>.</p> <p>Analizados estos contenidos sólo los apartes referentes al financiamiento se encontraron relevantes para efectos de resolver el cargo planteado. De esta manera, el que se dedique un porcentaje de la Unidad de Pago por Capitación del régimen contributivo y del régimen subsidiado a estos servicios no altera el equilibrio calculado por el Gobierno al elaborar el Plan de Inversiones, ya que se trata de recursos parafiscales que técnicamente no forman parte del presupuesto nacional, así este inciso se encuentre señalado en el capítulo que se titula <i>"Descripción de los principales programas de inversión"</i>. Tampoco se advierte la intención de comprometer u obligar al Gobierno Nacional a contribuir al financiamiento de tales servicios.</p>  |
| <p>4. Violación del principio de destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud contenido en el artículo 48 Superior. Permitir una destinación diferente de estos recursos y su manejo por parte de una entidad de carácter privado.</p> | <p>Respecto del cargo concluye la Corte que los servicios de telemedicina y transporte aéreo medicalizado son parte integral del Sistema de Seguridad Social en Salud, razón por lo cual no existe destinación diferente de recursos parafiscales. De otra parte, teniendo en cuenta la naturaleza de estos recursos, no encuentra reserva la Corte para que estos sean administrados por organizaciones de carácter privado. Así, el legislador es autónomo para regular los elementos definitorios de la contribución parafiscal.</p> <p><i>"Por lo anterior, esta corporación concluye que no resulta cuestionable, frente al contenido del artículo 48 superior, el hecho de que las normas demandadas encomienden a la entidad que agremia nacionalmente a los municipios colombianos, la responsabilidad de organizar y poner en funcionamiento los servicios de transporte aéreo medicalizado y de telemedicina. Establecida así la constitucionalidad de estos preceptos, no puede dejarse sin mención el hecho de que, en razón a la naturaleza de su objeto y a la presumible falta de experiencia en actividades de salud, que podría afectar a la agremiación que el legislador encargó de organizar y poner en funcionamiento estos servicios, pueden surgir dificultades que lleguen a afectar la frecuencia, la calidad o la oportunidad de los mismos. Por estas razones, tal como lo señala el demandante a manera de ejemplo, la reglamentación vigente con anterioridad a esta ley dispuso que sólo podrán prestar servicios de telemedicina las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que cumplan ciertos estándares y requisitos. Por todo ello, en atención al carácter especializado y de alta responsabilidad de estos servicios, y a que serán administrados recursos parafiscales, la Corte considera necesario condicionar la exequibilidad de estas normas, advirtiendo que estas actividades deberán cumplirse por conducto de Instituciones Prestadoras de Salud o de empresas especializadas en la provisión de las mismas, todas las cuales estarán sujetas a los respectivos control y vigilancia previstos normativamente al efecto, particularmente, los que conforme a las normas vigentes ejercen la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público."</i></p> |
| <p>5. Violación de los artículos 49, 150 numeral 21, 189 numeral 11, 333 y 334 de la Constitución Política por el artículo 146 de la Ley 1151 de 2007.</p>   | <p>Frente a este cargo se declaró la cosa juzgada mediante sentencia C-377 de 2008.</p>   |

Del cuadro anterior se infiere que el análisis que la Corte realizó respecto de la participación de la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos para efectos de hacer posible el servicio de telemedicina, se circunscribió al artículo 48 Superior y, en cuanto a éste, únicamente al análisis de cambio de destinación de los recursos y administración, en general, de recursos parafiscales, estudio que le llevó a concluir que no se encontraba objeción en la administración de recursos por parte de un particular, siempre que los recursos fuesen destinados a la salud. En tal medida, concluyó la Corte que la norma demandada no disponía destinación diferente de los recursos parafiscales ya que la telemedicina formaba parte de los servicios de salud.

Vale decir, que se reconoce que el artículo 48 Superior consagra expresamente que la seguridad social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, razón por la cual, a la luz de esta disposición superior no se encontró objeción en que la administración de recursos parafiscales se realizara a través de una entidad de naturaleza privada sin que entonces se entrara a revisar si tal administración atentaba contra la autonomía de las entidades territoriales. Ello porque el cargo propuesto en aquella oportunidad no forzaba a la Corte a revisar la incidencia que respecto de la autonomía territorial tendría el autorizar que el ejercicio de una competencia o potestad territorial, se ejecutara a través de un tercero ni tampoco a determinar la razón por la cuál el señalamiento de un porcentaje fijo de la unidad de pago por capitación destinado a telesalud, podría llegar a afectar la eficiencia del sistema de aseguramiento en salud.

De ahí que la parte resolutive de la sentencia C-714 de 2008, al declarar exequible el inciso 23 del numeral 3.3. del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007, lo hizo "...por los cargos analizados", condicionando a que la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos prestará los servicios de telemedicina "... por intermedio de instituciones prestadoras de salud IPS, o de empresas especializadas debidamente constituidas y sometidas a todos los controles que normativamente rigen sobre las personas y entidades autorizadas para prestar servicios de salud y las que recaudan y administran recursos parafiscales", sin revisar en aquella oportunidad el impacto constitucional que esta disposición tendría para la órbita territorial, al condicionar el ejercicio de una potestad propia de municipios y distritos a su realización por interpuesta persona sin que para el efecto existan criterios de necesidad o racionalidad que lo impongan.

13. Como se observa del estudio de la sentencia C-714 de 2008, no existe coincidencia entre los cargos planteados en la demanda que dio lugar a ésta y los cargos que en esta ocasión se someten a consideración de la Corte, que son: i.) Vulneración a la autonomía de las entidades territoriales y violación de reserva de ley orgánica. ii.) Vulneración de reserva de ley orgánica. iii) vulneración al derecho de libre asociación. iii.) Vulneración al principio de reserva de ley estatutaria. y, iv.) Violación al principio de democracia participativa.

Así las cosas y, en los términos de las consideraciones presentadas, la Sala Plena considera que no existe cosa juzgada. En consecuencia, estudiará la constitucionalidad de la norma demandada por los cargos propuestos por el actor dentro de la oportunidad legal.

14. De otra parte, se recuerda que mediante la sentencia C-1059 de 2008, la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre una demanda dirigida contra el artículo 6° numeral 3.3 de la Ley 1151 de 2007 "*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*", por ineptitud sustantiva de la demanda. A su vez, decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-714 de 2008, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso 23 numeral 3.3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007, razón por la cual no se estructura tampoco frente a esta sentencia el fenómeno de cosa juzgada.

15. Debe también señalarse que mediante la sentencia C-593 de 27 de julio de 2010, la Corte Constitucional se pronunció respecto de las Objeciones Gubernamentales presentadas al Proyecto de Ley número 218 de 2007 Senado / 309 de 2007 Cámara "*por la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la Telesealud en Colombia*", a propósito del Parágrafo de su Artículo 2º, según el cual:

"Parágrafo. Téngase igualmente como texto de la presente ley las disposiciones que para el efecto contemplan la Ley 1151 de 2007 y la Ley 1122 de 2007, sin detrimento de lo aprobado en el Plan Nacional de Desarrollo que contempla el 0.3 (%) de la UPC para los servicios de telemedicina."

La citada disposición incorporó el inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, de manera que los cargos materia de las objeciones gubernamentales se concretaron en la vulneración del artículo 48 de la Constitución Política, respecto de la destinación de los recursos y su administración. Al respecto, la sentencia C-593 de 2010 concluyó que los cargos se encontraban infundados, en la medida que se estaba en presencia de una cosa juzgada material respecto de la sentencia C-714 de 2008.

Frente al cargo relativo a la destinación del 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a servicios de telemedicina y la inconveniencia de tal asignación, la Corte se limitó a expresar que no se estaba ordenando un gasto público ni modificando la destinación de los recursos, en la medida que esta actividad hacía parte, en términos de la sentencia C-714 de 2008, del concepto de Seguridad Social en Salud. En cuanto al impacto fiscal de la medida, concluyó la Corte en la sentencia C-593 de 2010, que los motivos de inconveniencia planteados someramente por el actor no podían llegar a constituir veto para la promulgación de la ley pues carecía de jerarquía constitucional, en tanto se fundaba en un mero motivo de conveniencia. En consecuencia, frente a esta providencia tampoco se advierte la presencia de cosa juzgada que impida el estudio de la norma demandada.

#### Quinto. Integración Normativa

16. La Corte Constitucional en virtud del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, procederá a integrar unidad normativa de la expresión que se demanda con la disposición en la cual se halla inserta, la cual si bien no fue objeto de demanda, sí aparece en su conjunto y, a primera vista, como inconstitucional para esta Corte.

En materia de integración normativa conviene recordar lo que la Corte ha señalado a propósito de esta materia:

"(...) la unidad normativa procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado".

Igualmente, la jurisprudencia ha establecido los eventos en que dicha integración se hace necesaria:

"Tal y como lo ha reiterado la Corte, la unidad normativa sólo puede tener lugar cuando ello sea necesario para evitar que el fallo sea inocuo o cuando resulta indispensable para pronunciarse de fondo sobre un asunto. Estas hipótesis se configuran en uno de los siguientes tres casos: en primer lugar, cuando es preciso integrar la proposición jurídica para que la norma demandada tenga un significado jurídico concreto. En segundo término, cuando resulte imprescindible integrar la unidad normativa de manera tal que el fallo no sea inocuo, al dejar vigentes disposiciones jurídicas que tienen idéntico contenido normativo. En tercer término, cuando la disposición impugnada se encuentre íntima e inescindiblemente relacionada con otra norma que parece *prima facie* inconstitucional"

Sobre la relación "*íntima e inescindible*" la Corte ha señalado que ella se presenta respecto de "... normas [que] en este caso tienen cada una un sentido regulador propio y autónomo, pero el estudio de constitucionalidad de la disposición acusada impone el examen de la conformidad o inconformidad con la Constitución de algunos elementos normativos a los cuales hace referencia, que están contenidos en otras disposiciones no demandadas. Con estas últimas se constituye la unidad normativa."

En esos términos, la Corte estima necesario integrar la expresión demandada "*a través de la entidad nacional que los agremia*" con la totalidad del texto en que se halla inserta, para efectos de analizar en su conjunto la constitucionalidad del inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 de la Ley 1151 de 2007, ya que no sólo se advierte la posible vulneración al texto constitucional del aparte demandado, sino de toda la disposición que la contiene, al punto que, si sólo éste se declarara inconstitucional, la norma seguiría produciendo efectos manifiestamente contrarios al ordenamiento constitucional, como se verá más adelante.

En el presente caso, la unidad normativa procede, en razón a que la regulación de la cual forma parte la expresión acusada aparece *prima facie* de una constitucionalidad discutible al someter a la Unidad de Pago por Capitación a una limitación que afecta su dinámica y, por lo mismo, la eficiencia del sistema de subsidio a la demanda en salud en un momento como el actual en que el estado financiero de la salud afronta una grave crisis. En efecto, si esa regulación mayor que contiene la expresión demandada es constitucionalmente sospechosa, ineludiblemente debe la Corte examinarla, pues no podría declarar constitucional un aspecto de una determinada institución, si ésta última puede ser globalmente inexecutable.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que en el presente caso resulta legítimo estudiar la regulación global de la cual forma parte la expresión demandada. En consecuencia, la Corte revisará la constitucionalidad del inciso 23 del numeral 3.3. del punto 3 de la Ley 1151 de 2007, que señala:

"Para garantizar lo establecido en el párrafo 2o del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados; los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio. Asimismo, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo para autorizar o renovar el funcionamiento de las EPS, en particular al momento de verificar sus redes de servicios.

17. Adicional a la integración normativa propuesta, la Corte considera necesario revisar otras disposiciones que regulan la actividad de telemedicina en Colombia, con el fin de determinar frente a cuáles de ellas también existe necesidad de efectuar integración, en la medida que replican o incorporan de manera formal la disposición cuya inconstitucionalidad se examina, pues de otra forma, en caso de que ésta resulte inexecutable, aquellas continuarían produciendo efectos jurídicos.

Vale la pena recordar que, como se expresó en párrafos anteriores, cuando la norma materia de reproche es replicada de manera formal o material en normas posteriores, con lo cual subsisten los contenidos normativos acusados, la Corte en virtud del principio *pro actione* debe pronunciarse sobre tales contenidos, para lo cual debe efectuar una integración normativa entre la norma acusada y las disposiciones que la replican o incorporan.

18. En esos términos, la telemedicina o telesalud en tanto "modo" de prestar el servicio de salud incorporando la tecnología, se establece a partir de la Ley 1122 de 2007, la cual en el párrafo segundo de su artículo 26 señala que las entidades territoriales promoverán los servicios de telemedicina para llevar servicios de salud a regiones apartadas del país, a través de las Empresas Sociales del Estado:

"Artículo 26. De la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas. La prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado (ESE) que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud. En todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado, excepto las unidades de prestación de servicios de salud que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud. En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE.

Parágrafo 1°. Cuando por las condiciones del mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales podrán transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la población, en las condiciones y requisitos que establezca el reglamento.

Parágrafo 2°. La Nación y las entidades territoriales promoverán los servicios de Telemedicina para contribuir a la prevención de enfermedades crónicas, capacitación y a la disminución de costos y mejoramiento de la calidad y oportunidad de prestación de servicios como es el caso de las imágenes diagnósticas. Especial interés tendrán los departamentos de Amazonas, Casanare, Caquetá, Guaviare, Guainía, Vichada y Vaupés." (subrayado fuera de texto)

En ejercicio de la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, se expidió el Decreto 3040 de 2007, según el cual:

"Artículo 1°. Cuando se trate de garantizar la continuidad de la atención en salud de la población residente en zonas de difícil acceso, y hasta tanto los servicios asistenciales de salud que se vienen prestando sean asumidos por las Empresas Sociales del Estado, ESE, conforme a lo establecido en los artículos 26 y 31 de la Ley 1122 de 2007, las entidades territoriales podrán continuar a cargo de la prestación de estos servicios, previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

Para tal efecto, las entidades territoriales deberán presentar la solicitud de autorización debidamente sustentada, la cual deberá incluir, como mínimo, la población a atender, los servicios que se están prestando y el Plan de traslado o asunción de estos servicios por parte de las ESE de la respectiva entidad territorial."

En este contexto y, para garantizar lo establecido en la Ley 1122 de 2007, se incluyó en el artículo 6, numeral 3.3 inciso veintitrés de la Ley 1151 de 2006 -norma que en esta oportunidad se demanda- que las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del régimen contributivo y subsidiado, dedicarían el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de telemedicina con cobertura nacional, tanto para la promoción de la salud como para la atención de sus afiliados, de igual manera señaló la norma que los municipios y distritos a través de la entidad nacional que las agremia harían posible la prestación de este servicio.

19. Posteriormente, la Ley Orgánica 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de la Nación y las entidades territoriales fue modificada por la Ley 1176 de 2007, norma que frente al servicio de telemedicina, señaló lo siguiente:

"ARTÍCULO 42. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN. Corresponde a la Nación la Dirección del Sistema 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 por otras disposiciones: ..."

'... 42.21 Adicionado por el artículo 32 de la Ley 1176 de 2007. Regular y promover el desarrollo del sistema integral de transporte aéreo medicalizado y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las Leyes 1151 de 2007 artículo 6º Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007.

'...ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

...44.1 De dirección del sector en el ámbito municipal:...

...44.1.1 Adicionado por el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007. Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con el sistema integral de transporte aéreo medicalizado y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las leyes 1151 de 2007 artículo 6º, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007" (subrayado fuera de texto)

El artículo 33 de la Ley 1176 de 27 de diciembre de 2007, adicionó el acápite de competencias de "dirección del municipio", señalando que correspondía al municipio coordinar "con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos" la integración de la red local de salud con los servicios de telemedicina, disposición que replica, desde el punto de vista material, el sentido y alcance del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007 -al cual expresamente remite-, razón por la cual esta Corporación considera necesario efectuar la integración normativa de estas dos disposiciones, así: El inciso 23 numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 con el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007, en lo que hace relación a las expresiones: "44.1.1 Adicionado por el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007. Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con el sistema integral de" y "y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las leyes 1151 de 2007 artículo 6º, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007".

20. Finalmente, la Corte mediante la sentencia C-593 de 2010, declaró la presencia de cosa juzgada material respecto de las observaciones gubernamentales efectuadas al parágrafo del artículo 2º del proyecto de ley número 218 de 2007 Senado y 309 de 2007 Cámara, según el cual:

"Parágrafo. Téngase igualmente como texto de la presente ley las disposiciones que para el efecto contemplan la Ley 1151 de 2007 y la Ley 1122 de 2007, sin detrimento de lo aprobado el Plan Nacional de Desarrollo que contempla el 0.3 (%) de la UPC para servicios de Telemedicina." (subrayado y resaltado fuera de texto)

Por tal razón, la Corte debe advertir que una vez promulgada la ley correspondiente a este proyecto, las normas que se tienen por texto según el parágrafo del artículo 2º, entre ellas, las disposiciones pertinentes de la Ley 1151 de 2007, estarán cobijadas por los efectos de constitucionalidad o inconstitucionalidad que por esta sentencia se declaren, sin perjuicio de la posibilidad de incoar una nueva demanda de constitucionalidad.

Pasa la Corte a revisar uno a uno los cargos presentados por el actor en la demanda que es objeto de la presente providencia.

Revisión de los cargos y problemas jurídicos planteados.

Sexto. Cargo por violación de reserva de ley estatutaria. Artículo 152 Superior. Concepto de telesalud o telemedicina.

21. La telesalud, telemedicina o "eSalud" como actualmente se conoce consiste en la utilización de la tecnología de la información y las comunicaciones para proporcionar el servicio de salud a distancia. A través de esta modalidad se hace posible llevar los servicios de prevención, promoción, diagnóstico, atención, tratamiento, rehabilitación, capacitación e incluso intervención quirúrgica en tiempo real a zonas remotas o de difícil acceso a partir de la trasmisión de datos. Esta modalidad de prestación de servicios de salud permite eliminar las barreras de distancia o acceso a personal calificado, que de otra manera impediría la prestación de los servicios de salud con la misma rapidez, calidad o con la misma frecuencia en punto a que éstos se encuentren disponibles en comunidades remotas, rurales o deprimidas.

Se trata de transmitir la voz, datos, imágenes e información sin que sea necesario desplazar físicamente a los pacientes, personal de salud y/o educadores, lo que optimiza el acceso, calidad, puntualidad y conveniencia con una importante disminución de costos y gestiones administrativas, elementos todos que aseguran la concreción de los principios generales del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en especial, los de solidaridad, eficiencia y universalidad.

Hoy en día, la telesalud es definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como la prestación de servicios relativos al cuidado de la salud en los casos donde la distancia resulta un factor crítico y los beneficios alcanzados son innegables: esta práctica facilita el diagnóstico, la prevención y el tratamiento de las enfermedades aumentando la cobertura y calidad, como también contribuye al desarrollo de investigaciones que tienen por objetivo mejorar la salud de las personas y sus comunidades. Un sistema de telemedicina básico opera cuando, por ejemplo, un centro hospitalario menor que presenta carencia de profesionales, tecnologías o equipos es asistido por uno de mayor envergadura, en tanto tendrá disposición de especialistas en las áreas requeridas, tecnología y el tiempo necesario para la atención de los pacientes de manera "remota".

22. La telesalud o telemedicina no es otra cosa que el uso de la tecnología para efectos de prestar los servicios de salud de manera remota. Se trata de un "modalidad" de prestar este servicio público y, en tal medida, no tiene alcance alguno para impactar ni el núcleo esencial del derecho a la salud ni tampoco para modificar el esquema del Sistema General de Seguridad Social en Salud introducido por la Ley 100 de 1993, como lo afirma el actor en su demanda. Se trata entonces, en Colombia, de una forma alternativa de atender la demanda en salud de la población que se encuentra en zonas distantes o de difícil acceso. Sin perjuicio de que esta opción pueda ser técnicamente utilizada para la prestación regular de servicios, sin que se límite a zonas de difícil acceso, aunque este haya sido el objetivo prioritario de la Telemedicina en el país.

23. No obstante, en la demanda se considera que la norma acusada parcialmente es inconstitucional por no haber sido tramitada como ley estatutaria, en razón a que la introducción del servicio de telemedicina modifica elementos esenciales del derecho fundamental a la salud. Aunque la Sala coincide en que la sustentación de este cargo presenta dificultades de fondo, en virtud del principio *pro actione*, estudiará el mismo a efectos de reiterar la jurisprudencia constitucional en la materia.

Los criterios generales para establecer los contenidos de una ley estatutaria, han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, no es necesario volver sobre ellos en esta ocasión porque existen pronunciamientos específicos de la Corte sobre si las normas concernientes a la seguridad social, en general, deben ser tramitadas como leyes estatutarias.

En efecto, desde el inicio de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que las normas acerca de la seguridad social no deben necesariamente hacer parte de una ley estatutaria. Así, por ejemplo, en la sentencia C-408 de 1994, la Corte resolvió declarar exequible la Ley 100 de 1993, que estableció el nuevo sistema de seguridad social, '*en cuanto no era necesario que el Congreso le diera el trámite de ley estatutaria*'. En tal ocasión se consideró que la Ley 100 de 1993 sobre el sistema de "*seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal*".

Basta en esta oportunidad, acogerse a dicho precedente porque la telesalud o telemedicina dice relación con un aspecto operativo de la prestación de los servicios de salud que se espera sea ofrecido de manera transversal -como se verá mas adelante- a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud por los municipios y distritos, mediante sus afiliaciones al régimen contributivo y subsidiado, así como en ejercicio de sus competencias en Salud Pública, aspecto que *per se* nada tiene que ver con la regulación de derechos y deberes fundamentales.

En consecuencia, la Corte encuentra exequible la expresión demandada con relación al cargo de la pretendida reserva de ley estatutaria.

Séptimo. Cargo por vulneración a la reserva de Ley Orgánica.

24. El demandante plantea que el inciso 23 del numeral 3.3. del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 vulnera el principio de reserva de ley orgánica al disponer por vía de una ley ordinaria el reparto de una competencia en salud en cabeza de los entes territoriales, según la cual harán posible la prestación del servicio de telemedicina.

25. La Corte ha señalado que se viola la reserva de ley orgánica cuando el congreso regula mediante una ley ordinaria un contenido normativo que la Constitución ha reservado a leyes orgánicas. Al respecto, la sentencias C- 600 A de 1995 y, más recientemente la C-1042 de 2007, se refirieron *in extenso* a las funciones que están llamadas a cumplir las leyes orgánicas: (i) complemento de determinados contenidos del Texto Fundamental; (ii) criterio para establecer límites a la potestad reglamentaria del Ejecutivo; y (iii) norma instrumental del procedimiento legislativo.

En tal sentido, la Corte consideró en sentencia C-337 de 1993 que *"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"*. En igual sentido, en sentencia C-600A de 1995, el juez constitucional se refirió al papel de las normas orgánicas indicando que *"estas leyes tienden a precisar y complementar las disposiciones constitucionales relativas a la organización y funcionamiento del poder público, por lo cual tienen vocación de permanencia."*

Al respecto, la sentencia C-1042 de 2007 indicó que *"la Constitución de 1991 establece, a lo largo de su articulado, un conjunto de reglas y criterios estructurales del concepto de ley orgánica en Colombia, entendida ésta como un texto normativo encaminado a regular la actividad legislativa del Congreso de la República sobre determinadas materias o contenidos preestablecidos de manera taxativa por la Carta Política. En tal sentido, mediante aquélla se norma el núcleo esencial de la labor congresional en punto a la iniciativa, intervenciones, trámite, debate, mayorías y aprobación de leyes sobre temas puntuales, tales como: 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. Se trata, en consecuencia, de leyes especiales, de carácter instrumental, si se quiere, mediante las cuales se reglamenta la adopción de otras leyes que versan sobre temas específicos, pero que no comparten la naturaleza jurídica de aquélla, y por ende, su reforma no está sometida a requisitos constitucionales específicos."*(resaltado del texto).

26. En tal sentido, la especificidad y características esenciales que revisten las leyes orgánicas en Colombia, en tanto ley especial, se ponen de presente al examinar sistemáticamente la Constitución. El artículo 151 Superior, dispone que mediante leyes orgánicas se regulará la actividad legislativa del Congreso de la República.

A renglón seguido, indica las materias o contenidos específicos sobre los cuales versarán dichas leyes especiales, entre otros, *"la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales"* y la *"aprobación y ejercicio del ... plan general de desarrollo"*. El mismo precepto introduce como requisito especial para la aprobación de las leyes orgánicas, unas mayorías especiales de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

27. Igualmente, el artículo 288 Superior dispone que mediante ley orgánica, se debe establecer la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. A renglón seguido, enuncia los principios que deben gobernar tal reparto de competencias: (i) coordinación; (ii) concurrencia y (iii) subsidiariedad. Adviértase, desde ya, que la Constitución no enumeró, ni confeccionó un listado de asuntos sujetos a reparto de competencias. Esta se limitó a indicar que, mediante una ley orgánica, es decir, una ley que sirve de parámetro para adoptar otras futuras leyes, se regularían tales relaciones, sobre temas ya concretos, basándose para ello en unos principios específicos. En otras palabras, mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial se regula principalmente la actividad legislativa que debe desplegar el Congreso de la República en punto a la determinación de las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales, mas no se regula directamente tema alguno.

28. En este orden de ideas, en materia de ordenamiento territorial la voluntad del constituyente fue flexibilizar el tema, dejando a las leyes orgánicas el papel de marco normativo general a la cual debería ajustarse la futura actividad legislativa en la materia, caracterizada, a su vez, por un grado mayor de precisión y concreción. De tal suerte que, la ley orgánica está llamada a establecer, de manera general, las pautas para que el legislador ordinario desarrolle, a futuro, determinados temas, con lo cual no puede caracterizarse por entrar en los detalles y precisiones, por cuanto, de esta manera, se estaría petrificando el ejercicio de la actividad legislativa y vaciando de contenido las competencias del legislador ordinario. Se trata, en consecuencia de una ley de trámites sobre legislación.

Sobre el particular, la Corte con fundamento en el artículo 151 Superior, ha considerado que se vulnera la Constitución cuando, en el caso de las leyes ordinarias *"algunos de sus artículos... violan la reserva de ley orgánica, si su contenido normativo es de aquellos que la Constitución ha ordenado que se tramiten por medio de esas leyes de especial jerarquía que son las leyes orgánicas"*. Al respecto, en la sentencia C-432 de 2000, esta Corporación estimó que debe realizarse un cuidadoso examen de las limitaciones contenidas en la ley orgánica, pues, una interpretación laxa del ámbito reservado al legislador orgánico o estatutario, podría terminar por vaciar de competencia al legislador ordinario y restringir ostensiblemente el principio democrático. Posición que fue reiterada en la sentencia C-579 de 2001. De allí que *"aquellas materias que no hayan sido objeto de un señalamiento expreso por parte del Constituyente en el sentido de que deban tramitarse como leyes orgánicas, deberán entenderse sujetas a la competencia del Legislador ordinario"*.

De esta forma, los conflictos que se pueden presentar entre la ley ordinaria y la orgánica pueden ser de dos tipos: que la ley orgánica se extralimite invadiendo materias que son propias de otro tipo de ley en los términos del artículo 151 Superior o bien, que el legislador ordinario invada las competencias del orgánico. Desde ese punto de vista, en materia de leyes orgánicas, existe efectivamente una jerarquía, en el sentido de que las materias orgánicas no pueden ser derogadas o modificadas mediante leyes de diferente naturaleza. Así las cosas, es posible que las leyes orgánicas pueden referirse a temas ordinarios, por conexidad; a su vez, las leyes ordinarias pueden hacerlo a las orgánicas, pero no regular materias de reserva orgánica.

29. En sentencia C-423 de 1995, el juez constitucional estimó que *"Las leyes orgánicas se constituyen en reglamentos que establecen límites procedimentales, para el ejercicio de la actividad legislativa, en el caso de las leyes ordinarias en general y en el de ciertas y determinadas leyes en especial; son normas de autoreferencia para quienes tienen la facultad de expedirlas y posteriormente desarrollar la materia de la cual tratan, a través de leyes ordinarias"*. En igual sentido, en sentencia C-600A de 1995, referente a una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra unos artículos de la Ley 60 de 1993, la Corte señaló que *"Una ley ordinaria tiene entonces que respetar los mandatos de la legislación orgánica; no puede entonces una ley ordinaria derogar una ley orgánica, ni tampoco invadir su órbita de competencia ya que, si ello fuera posible, la actividad legislativa dejaría de estar sujeta a la legislación orgánica"*. Por otro lado, en la providencia C-446 de 1996, referente a una demanda ciudadana presentada contra unos artículos de la Ley 38 de 1989 o Ley Orgánica de Presupuesto, la Corte consideró que la *"ley*

*orgánica del presupuesto se encuentra dotada de la característica especial de poder condicionar la expedición de otras leyes sobre la materia a sus prescripciones, de modo tal que una vulneración o desconocimiento de los procedimientos y principios que en ella se consagran al momento de la expedición de las leyes presupuestales ordinarias, puede acarrear la inconstitucionalidad de éstas".*

30. Finalmente, la Corte en sentencia C- 093 de 2002, estimó que disposiciones relativas a asuntos no sujetos a la reserva de ley orgánica pueden estar contenidas en un solo texto con aquellas que desarrollan aspectos no sujetos a tal reserva, siempre que guarden entre sí la concatenación material exigida por el artículo 158 superior.

31. En los términos referidos, la Corte considera que la disposición acusada no viola el principio de reserva de ley orgánica, por cuanto la orden a municipios y distritos de hacer posible el servicio de telemedicina, no dice relación con un verdadero reparto de competencias en salud entre la Nación y los municipios. Se trata de una norma que regula y desarrolla las competencias generales en salud ya asignadas por virtud de leyes orgánicas como la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001, en el sentido de incorporar tecnologías de transmisión de voz y datos a la prestación de servicios de salud para facilitar el acceso de la población que se encuentra en zonas apartadas. No se varía con esta función el esquema de prestación de servicios de salud en los niveles territoriales.

Siguiendo la línea jurisprudencial, no es posible suplantar la voluntad del Constituyente extendiendo la reserva de ley orgánica a asuntos operativos que éste no consideró necesario deferir a leyes especiales. De igual manera, se ha estimado por la Corte que *"En el evento en que el juez constitucional se enfrente al estudio de una ley ordinaria que ha sido demandada por vulneración de la reserva de ley orgánica y siempre que los criterios hermenéuticos existentes resulten insuficientes para definir si la materia regulada por ésta se encuentra reservada al legislador orgánico, la duda debe resolverse a favor de la opción adoptada por el legislador ordinario, y, por lo tanto, la norma deberá ser declarada exequible respecto del cargo en mención".*

32. Ahora bien, en el presente caso ocurre que el legislador usó la ley por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo - Ley 1151 de 2007 en principio Ley Orgánica según lo prescriben los artículos 151 y 341 superiores-, así como la Ley 1176 de 2007 -tramitada por mayorías calificadas según se desprende de las Gacetas 61 y 79 de 2008- por la cual se modificó la Ley Orgánica 715 de 2001, para que los municipios coordinaran o hicieran posible los servicios de telemedicina en la red local, actividades que bien han podido ser parte de la legislación ordinaria y, que en todo caso guardan absoluta conexidad con las competencias en salud de los entes territoriales que regulan estas normas orgánicas.

En consecuencia, no entrará en este caso la Corte a revisar en detalle el trámite que cumplieron ni la Ley 1151 de 2007 ni la Ley 1176 del mismo año, en punto a revisar si se cumplió o no con las mayorías especiales exigidas, dado que el precepto en estudio, como se señaló en párrafos precedentes, no requiere en sí mismo mayoría cualificada alguna por tratarse de actividades operativas y no estar en presencia de un verdadero reparto de competencias.

En este orden de ideas, la Corte encuentra exequible el inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007, por no encontrarse sujeto a reserva de ley orgánica.

Octavo. Cargo por vulneración de la autonomía territorial y el derecho de asociación. Artículos 38 y 286 Superiores.

33. Para efectos de determinar si existe vulneración a la autonomía territorial y al inherente derecho de asociación de que son titulares los municipios y distritos, la Corte estima necesario efectuar una interpretación sistemática del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, con el fin de precisar el sentido de la expresión demandada.

Con este propósito la Corte revisará la estructura del sistema de seguridad social en salud (1) con el fin de entender cómo operan las competencias en salud que la Ley Orgánica 715 de 2001 radica en cabeza de municipios y distritos (2). De esta manera será posible establecer el alcance de la norma que se demanda respecto de las competencias de aseguramiento frente a las cuales los municipios y distritos tienen competencia directa (3) así como respecto a las competencias dirigidas a atender los servicios no cubiertos por el subsidio a la demanda (4) en punto a demostrar que para su ejecución no está prevista la intervención de un tercero distinto del Departamento (5) salvo que por delegación se autorice la operación de servicios de primer, segundo y tercer nivel a los municipios y distritos a través de la contratación de empresas sociales del Estado que admiten modelos de asociación o integración de redes para su ejecución. (6) para concluir que las potestades que se derivan del ejercicio de las competencias de dirección, coordinación y salud pública que ostentan los municipios y distritos si bien son reducidas por efecto de la intervención del Estado en el sector salud, no pueden llegar a ser limitadas u obstaculizadas por el legislador en cuanto a que su ejercicio se realice por interpuesta persona sin transgredir la autonomía territorial y el derecho de asociación (7).

Esquema de aseguramiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la competencia de aseguramiento de los municipios y distritos frente a su población pobre.

34. En los términos del artículo 48 Constitucional, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, quien tendrá la función, de acuerdo con el artículo 49 superior, de establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en los términos y condiciones señalados por la ley. Indica además este artículo que, los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

35. En desarrollo de tales preceptos se estructura el Sistema General de Seguridad Social en Salud -en adelante SGSSS-, el cual se soporta en tres niveles diferenciados con competencias específicas e indelegables:

i) El Estado que tiene a su cargo la dirección, control y coordinación del SGSSS, de manera que tales funciones las ejerce tanto desde el nivel

nacional como desde el nivel local. La Nación, actúa a través del Ministerio de la Protección Social, la Comisión de Regulación –CRES- creada a partir de la Ley 1122 de 2007 por la cual se sustituye en sus funciones al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSS- , ente que en virtud de dicha reforma asume funciones asesoras y la Superintendencia de Salud; de igual manera las funciones de dirección, control y coordinación del Sistema de Salud son ejercidas a nivel local por las entidades territoriales en sus respectivas jurisdicciones.

ii). Las entidades aseguradoras denominadas Empresas Promotoras de Salud, que pueden ser de naturaleza pública o privada, cuya existencia es autorizada por el Estado, siempre que llenen las condiciones técnicas y financieras exigidas por la ley para operar como empresas aseguradoras. Estas son las encargadas de asegurar que se preste a la población que libremente las elija el Plan Obligatorio de Salud –POS-, con cargo a una Unidad de Pago por Capitación cuyo valor previamente ha sido definido en consideración al paquete de servicios que este contiene. En ese orden, las Empresas Promotoras de Salud están llamadas a asumir, en calidad de intermediarias y administradoras de los recursos del sistema, las contingencias en salud de sus afiliados.

En consecuencia, la función de aseguramiento que implica la prestación del Plan Obligatorio de Salud y la administración de la Unidad de Pago por Capitación que cubre dicho plan, es en términos del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, indelegable. Las entidades aseguradoras son pues las Empresas Promotoras de Salud tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado.

iii). Las entidades prestadoras del servicio público de salud que son aquellas contratadas por las empresas aseguradoras –artículo 185 de la Ley 100 de 1993- que tienen a su cargo la prestación de los servicios de salud en calidad de Instituciones Prestadoras de Salud –IPS- de naturaleza pública o privada. La prestación del servicio de salud por parte de la Nación y de las entidades territoriales según el artículo 194 de la Ley 100 se realiza principalmente a través de Empresas Sociales del Estado –ESE-, que pueden estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras dentro del ente territorial. Señala la ley que en ningún caso, se podrán prestar servicios asistenciales directamente por las entidades territoriales. No obstante, la ley habilita también a las Empresas Promotoras de Salud –aseguradoras- a prestar directamente los servicios de salud cuando demuestran capacidad técnica y financiera para hacerlo con recursos y patrimonio propio.

36. De otra parte, el artículo 157 de la Ley 100 señaló la modalidad en que los participantes del SGSSS acceden a los servicios de salud:

i). En calidad de afiliados al régimen contributivo previo pago de la cotización reglamentaria por personas laboralmente activas, pensionados o jubilados con capacidad de pago.

ii). En calidad de afiliados al régimen subsidiado el cual se financia, entre otros recursos, de los subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, a través de la subcuenta de solidaridad, la cual de conformidad con el artículo 221 de la Ley 100 de 1993 está dirigida a cofinanciar con los entes territoriales, los subsidios de afiliados sin capacidad de pago, para cubrir el monto total o parcial de la cotización.

iii). En calidad de vinculados en forma temporal al sistema y se dirige a aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

37. Por su parte, el Plan Obligatorio de Salud –POS-, es el conjunto de servicios de atención en salud y prestaciones económicas a que tiene derecho todo afiliado al régimen contributivo o subsidiado, en caso de necesitarlo. El paquete de servicios incluidos en el POS se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante y de los costos de prestación de los servicios identificados en condiciones de calidad, tecnología y hotelería, el cual se activa de acuerdo con la demanda de cada afiliado, aspecto que se conoce como "*subsidio a la demanda*". Su contenido actualmente lo define el Acuerdo 08 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y su importe o costo es cubierto a través de la Unidad de Pago por Capitación.

Para efectos de esta providencia, resulta pertinente anotar que el Plan Obligatorio de Salud, en los términos del Acuerdo 08 de 2009, dispone expresamente en su artículo 12 que las Empresas Promotoras de Salud dentro del Plan Obligatorio de Salud, "*facilitarán el acceso oportuno al servicio especializado a través del profesional básico, mediante los servicios de telemedicina conforme a los estándares de habilitación del sistema obligatorio de garantía de la calidad de la atención en salud vigentes*". De manera que, el Plan Obligatorio de Salud –POS-, cubre de manera expresa tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado las actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos, insumos y tecnologías, entre ellas el servicio de telemedicina, lo que asegura su cobertura nacional a la población asegurada.

38. Ahora bien, la Unidad de Pago por Capitación, se deduce de la cotización que efectúan mensualmente los afiliados o las entidades territoriales –según el régimen de que se trate- a las Empresas Promotoras de Salud del régimen contributivo o subsidiado –EPS-C o EPS-S-, las cuales deben ser consignadas en cuentas independientes del resto de bienes de la entidad promotora, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993. Por ley, las EPS-C y EPS-S, tienen la obligación de girar al Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, los excedentes entre los ingresos por concepto de cotizaciones y el valor de las Unidades de Pago por Capitación –UPC- .

La UPC fue diseñada como: i.) una unidad destinada a preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, indispensable para asegurar la prestación eficiente del Plan Obligatorio de Salud –POS-; ii.) que funciona dentro de un esquema que asegura la prestación de los servicios a partir de la demanda del afiliado, contrario a un sistema de oferta de servicios y, iii.) que es administrada por una empresa aseguradora reconocida por el Sistema por expresa disposición legal –artículo 14 de la ley 1122 de 2007-. iv.) de la cual sólo es posible descontar por concepto de gastos de administración y aseguramiento, un porcentaje del ocho por ciento (8%), más un porcentaje adicional para gastos de interventoría que adelantan los entes territoriales y de gestión de vigilancia que desarrolla la Superintendencia de Salud, precisamente, para preservar que los dineros de la salud no se desvíen en gastos de administración o intermediación.

Competencias de los municipios y distritos en materia de aseguramiento.

39. Uno de los ejes centrales de la Carta Política radica en el fortalecimiento de las entidades territoriales a partir del traslado de competencias funcionales en componentes esenciales del desarrollo político y social, asegurando que cuenten para su desarrollo con la capacidad financiera, administrativa y técnica necesaria para asumirlas de manera adecuada y eficiente. Es así como la Carta en sus artículos 356 y 357, estableció que un porcentaje de los recursos nacionales debían ser trasladados a los niveles locales y regionales con destino a inversión social en salud, educación, agua potable y saneamiento básico, de acuerdo con las competencias radicadas en cabeza de la Nación y a cargo de las entidades territoriales.

40. En desarrollo de tales preceptos superiores la Ley Orgánica 715 de 2001 señala dentro de las competencias en salud de los municipios y distritos, las siguientes: i. De dirección del sector, ii. De salud pública y iii. De aseguramiento de la población pobre de su jurisdicción al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a la competencia de aseguramiento los municipios y distritos deben promover la afiliación al régimen contributivo de las personas con capacidad de pago de su jurisdicción de manera que se evite la evasión y elusión, así como concurrir a la financiación total o parcial de aseguramiento en el régimen subsidiado de su población pobre y vulnerable.

41. Respecto del régimen subsidiado los municipios y distritos debe identificar la población pobre y vulnerable de su jurisdicción, seleccionar a los beneficiarios de los subsidios y, celebrar los contratos de aseguramiento con las Empresas Promotoras de Salud Subsidiadas; de igual manera ejercer control permanente sobre dichas entidades directamente o a través de interventorías. Lo anterior, en razón a que los municipios y distritos no pueden prestar o contratar directamente ninguno de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S-.

Para atender los contratos de aseguramiento en el régimen subsidiado, según lo señala el Acuerdo 415 de 2009 del CNSSS, la entidad territorial responsable de la afiliación debe suscribir un contrato con las Empresas Promotoras de Salud Subsidiadas EPS-S de su jurisdicción, que se encuentren inscritas en el territorio y que sean seleccionadas libremente por los beneficiarios conforme lo establece el numeral 2º del artículo 216 de la Ley 100 de 1993. Los recursos por Unidades de Pago por Capitación Subsidiadas -UPC-S- que perciban las entidades promotoras de salud, se dirigen a garantizar el POS-S de la totalidad de los afiliados a la EPS-S, sin perjuicio de los gastos de administración que la ley establece en el 8%, como se señaló en párrafos anteriores.

Así, la Ley Orgánica 715 de 2001 destina el 24.5% de los recursos de transferencias que reciben los municipios al componente sectorial de salud, porcentaje del cual se debe aplicar el 65% a la financiación de los subsidios a la demanda del régimen subsidiado. Por su parte, el artículo 5º del Decreto 050 de 2003, señala que los municipios y distritos deben incorporar en los proyectos de presupuesto para la siguiente vigencia fiscal, los recursos propios destinados al régimen subsidiado, los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga y los recursos del régimen subsidiado financiado a través del régimen general de participaciones en salud, con lo cual se demuestra que se trata de rentas atadas al funcionamiento del régimen subsidiado de los municipios.

42. Colorario de lo expuesto, se tiene que es competencia del municipio por excelencia la función de aseguramiento. Es decir, que no es el municipio el titular de la competencia para prestar el servicio de salud a su población pobre y vulnerable, sino el titular de la competencia de asegurar a esa población al Sistema de Salud. En ese orden, corresponde tanto a municipios como a distritos garantizar que los servicios de salud se presten a través de las entidades aseguradoras del sistema. En consecuencia, sus potestades se concretan en: a. seleccionar a la población pobre y vulnerable que será objeto de subsidio, b. proveer a partir de recursos endógenos y exógenos los subsidios y asegurar su flujo hacia las empresas aseguradoras y, c. celebrar los contratos de capitación con las Empresas Promotoras de Salud Subsidiadas escogidas por los beneficiarios de los servicios, únicas autorizadas para administrar los recursos de la Unidad de Pago por Capitación. En consecuencia, si el municipio no puede prestar servicios de salud -porque tal función corresponde a las Empresas Sociales del Estado en su calidad de Instituciones Prestadoras de Salud públicas-, ni elegir con que Empresas Promotoras de Salud contrata -porque existe el derecho de libre escogencia del asegurado-, ni contratar directamente servicios de salud- porque la contratación de las empresas sociales del Estado se realiza través de las empresas aseguradoras, es necesario concluir que la función de hacer posible el servicio de telemedicina por parte de municipios y distritos se agota, en cuanto a la población asegurada, al suscribir los contratos de aseguramiento.

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación de la norma en estudio según la cual los municipios y distritos harán posible el servicio de telemedicina " a través de la entidad nacional que los agremia", debe entenderse dentro del ámbito de las competencias y potestades de estos entes territoriales, las cuales no incluyen ni la prestación de servicios de salud ni la contratación con Instituciones Prestadoras de Salud, de manera que si carecen de tal competencia por virtud de la ley, mucho menos podrían ejercerlas a través de interpuesta persona. De allí que si su competencia se circunscribe al aseguramiento, es respecto de dicha competencia que la Corte analizará el cargo por vulneración a la autonomía territorial.

Otras competencias en salud de los municipios y distritos.

43. En desarrollo de los artículos 356 y 357 Superiores, la Ley Orgánica 60 de 1993, estableció que conforme al artículo 49 de la Constitución Política los municipios y distritos tendrían a su cargo el aseguramiento y la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención y, los departamentos los de segundo y tercer nivel.

Por su parte Ley Orgánica 715 de 2001, señaló que la prestación de servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, corresponde al departamento, estos es, lo niveles I (servicios no especializados) II y III ( servicios especializados) a través de la suscripción de contratos con instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas en

términos del artículo 43.2 y siguientes de la citada ley.

No obstante, en desarrollo del principio de subsidiariedad de que trata el Artículo 3o. literal e) de la Ley 10 de 1990, los municipios pueden administrar la prestación de servicios correspondientes a estos niveles de atención en salud, siempre y cuando, su capacidad científica, tecnológica, financiera y administrativa se los permita, y garanticen debidamente la prestación de los servicios y las acciones de salud que le corresponden, previo acuerdo con el respectivo departamento. La prestación de estos servicios públicos de salud, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará en forma autónoma por los municipios determinados por los departamentos, conforme lo dispone el artículo 16 de la Ley 60.

Los distritos, a su turno, deben asegurar la prestación de servicios de primer, segundo y tercer nivel en salud para su población vinculada y todos aquellos no comprendidos en el subsidio a la demanda a través de la celebración de contratos con las Empresas Sociales del Estado.

Se entiende como población pobre por atender, urbana y rural, la población identificada como pobre por el Sistema de Identificación de Beneficiarios que defina el CONPES, no afiliada al régimen contributivo ni al régimen de subsidios a la demanda.

Estas personas deben ser atendidas a través de contratos suscritos por los entes territoriales con las Empresas Sociales del Estado con recursos propios, que provienen del remanente de los recursos de participaciones, esto es, los que resulten de restar al total de recursos los destinados al régimen subsidiado y los destinados a financiar acciones de salud pública; además, las rentas cedidas por los departamentos -situado fiscal- con el fin de que por delegación y previa certificación de los Departamentos adelanten funciones en salud y, finalmente a través de un porcentaje de los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar.

44. Como es fácil de advertir, la competencia municipal está casi estrictamente limitada a los servicios de aseguramiento y a la atención de servicios del primer nivel, así como a garantizar la existencia y operación de las instituciones para ese efecto. Solo una vez cumplida esa labor será posible al municipio desarrollar actividades de prestación de servicios de salud de segundo y tercer nivel, previo acuerdo con el departamento respectivo.

45. De acuerdo con el artículo 44.1 de la Ley 715 de 2001, entre las competencias de dirección del sistema salud se encuentran las de dirigir y controlar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el ámbito de su jurisdicción. Para ello, el municipio debe gestionar el recaudo, adecuado flujo y ejecución de los recursos con destinación específica para salud del municipio y administrar éstos a través de un fondo local que se maneja como una cuenta especial de su presupuesto, separada de las demás rentas de la entidad territorial, como se indicó en el numeral 42 de esta providencia. Al fondo deben girarse todas las rentas nacionales cedidas o transferidas con destinación específica para salud, los recursos libremente asignados o recaudados por el ente territorial para este fin y, los recursos de cofinanciación. De igual manera, gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción.

Por otra parte, los municipios y distritos deben impulsar mecanismos para la adecuada participación social y el ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud. Adoptar, administrar e implementar el sistema integral de información en salud, generar y reportar la información requerida por el Sistema. Promover planes, programas, estrategias y proyectos en salud y seguridad social en salud para su inclusión en los planes y programas departamentales y nacionales.

Finalmente, frente a las competencias de dirección el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007, como ya se expresó en párrafos anteriores, adicionó al artículo 44 de la Ley 715 de 2001, el numeral 44.1.7, según el cual es competencia del municipio "*Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con el sistema integral de transporte aéreo medicalizado y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las Leyes 1151 de 2007 artículo 6o, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007.*" (subrayado y resaltado fuera de texto).

46. Ahora bien en cuanto a las competencias de municipios y distritos en materia de Salud Pública, (cuya n disponibles a trav que tiene que ver ila prestaciializados y no especializados), con su seguimiento \_\_\_\_\_ la ley 715 de 2001 señaló las siguientes: 1. Adoptar e implementar el Plan Nacional de Salud Pública que reemplaza al Plan de Atención Básica Municipal según la Ley 1112 de 2007; 2. La inspección y vigilancia de factores de riesgo en su jurisdicción como enfermedades inmuno-previsibles, prevalentes de la infancia y mortalidad infantil; 3. Implementar políticas en materia sexual y reproductiva; 4. Prevenir y controlar enfermedades transmitidas por vectores; 5. Promoción de estilos de vida saludables y prevención y control de enfermedades crónicas. 6. Fortalecimiento del plan nacional de nutrición y alimentación, programas de salud mental y reducción de consumo de sustancias psicoactivas, entre otras. Para el desarrollo de estas competencias el Ministerio de la Protección Social debe definir un Plan Nacional de Salud cuya prestación es gratuita y obligatoria.

En ejercicio de estas competencias corresponde al municipio y a los distritos promover la coordinación, cooperación e integración funcional de los diferentes sectores para la formulación y ejecución de los planes, programas y proyectos en salud pública en su ámbito territorial, así como gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud de su población en concordancia con el Artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.

Desde ese punto de vista la financiación del Plan Nacional de Salud proviene de recursos del situado fiscal destinado al fomento de la salud y prevención de la enfermedad, de recursos fiscales derivados de programas nacionales de salud, del remanente de recursos de participación y de recursos propios que al efecto destinen los departamento, distritos y municipios. Para su ejecución se puede contratar con una: EPS, Caja de Compensación Familiar CCF, institución prestadora de salud IPS o con Empresas Sociales del Estado.

Conclusiones respecto del alcance del inciso 23, numeral 3.3., del artículo 6º de la ley 1151 de 2007.

47. Como se ha anotado, 044 de 2007. sentencia C-579 de 2001 icina en nuestro pamo de los cargos formulados por el actor \_\_\_\_\_ el artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, incluyó en el contexto normativo la figura de la telemedicina, con el fin de llevar servicios de prevención de enfermedades, capacitación y diagnóstico, a departamentos distantes geográficamente y con bajos niveles de cobertura como el Amazonas, Casanare, Caquetá, Guaviare, Guainía, Vichada y Vaupés, a través de Empresas Sociales del Estado o directamente por las autoridades territoriales, previa autorización del Ministerio de la Protección Social, hasta tanto los servicios asistenciales de salud se asuman por las ESE, en orden a garantizar la continuidad del servicio en zonas de difícil acceso.

48. No obstante, con la expedición de la Ley 1151 de 2007, se puede afirmar que el legislador hizo explícita la necesidad de extender los servicios de telemedicina de manera transversal a todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de forma que no se limitara a la red local sino que se extendiera a todo el esquema de aseguramiento en beneficio de los afiliados de los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema, así como de las personas vinculadas.

49. En consecuencia, lo que hace el inciso 23, numeral 3.3, artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 en su primer párrafo, es comprometer a las aseguradoras del Sistema a destinar un porcentaje de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación para la prestación de servicios de telemedicina, lo cual se hace a partir de su inclusión, en el paquete de servicios incluidos dentro de los Planes Obligatorios de Salud tanto del régimen contributivo como del subsidiado, sin que esta norma prevea traslado de recursos de las entidades territoriales a entidades diferentes a las empresas promotoras de salud.

De manera que, cuando el segundo párrafo de la norma señala que los municipios y distritos harán posible la prestación de este servicio, la obligación de hacer del ente territorial se encuentra supeditada a las competencias en salud que les asigne la ley – Ley 715 de 2001-, así en (i.) aseguramiento, la orden de hacer posible el servicio de telemedicina se concretará en hacer efectivo el aseguramiento de su población pobre y vulnerable al régimen subsidiado mediante la suscripción de los contratos con las empresas promotoras de salud subsidiadas que hayan escogido libremente los beneficiarios en su jurisdicción y el consecuente traslado de los recursos de subsidio. Vale la pena señalar que en este caso, la intermediación de un tercero no encuentra espacio legal. Para hacer posible esta competencia la norma compele a las empresas promotoras de salud a destinar un porcentaje del 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación que se financia en gran medida con recursos de participaciones en tanto rentas atadas -65% del los recursos de transferencias. (ii) La prestación, por delegación del Departamento, de servicios no cubiertos por el subsidio a la demanda en los niveles I, II y III, respecto de la cual los servicios de telemedicina se prestarán a través de la red local hospitalaria, de manera que la obligación de los municipios y distritos de asegurar la prestación del servicio de telemedicina, se concretan mediante la suscripción de contratos con las Empresas Sociales del Estado, por expresa disposición legal. Tampoco en este caso se deja espacio legal para la eventual intermediación de un tercero. A la financiación de estos servicios concurren excedentes de recursos de participaciones, rentas cedidas del departamento por concepto de situado fiscal, recursos propios del municipio de origen tributario o no tributario y recursos de cofinanciación.

50. En consecuencia, no es posible inferir, como lo hace el representante legal de la Federación Nacional de Municipios, que las Empresas Promotoras de Salud deben trasladar a la asociación que agremia nacionalmente a los municipios y distritos el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación con destino a hacer posible el servicio de telemedicina, pues tal conclusión no se deduce ni de su tenor literal ni de su interpretación sistemática a partir del marco legal expuesto, que impone la indelegabilidad del aseguramiento, es decir la prohibición de prestar los servicios que integran el POS y administración de recursos de la Unidad de Pago por Capitación a un tercero no autorizado por el Sistema.

51. Al respecto, es cierto como lo expresó la Corte en la sentencia C-714 de 2008, que en materia de salud los particulares se encuentran autorizados para administrar recursos parafiscales de la seguridad social en salud, siguiendo el texto del artículo 48 Superior. No obstante, corresponde en esta ocasión a la Corte aclarar que no se trata de cualquier particular, sino de uno expresamente cualificado por la ley.

Es decir que en el marco de lo expuesto, sólo podrán administrar los recursos que integran las Unidades de Pago por Capitación, aquellos particulares que tengan la calidad de aseguradores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, las Empresas Promotoras de Salud bien del régimen contributivo –EPS-C- bien del régimen subsidiado –EPS-S-, por haber acreditado condiciones administrativas, técnicas, científicas, patrimoniales y de solvencia necesarias para administrar: el riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, los servicios que garanticen el acceso efectivo al Plan Obligatorio de Salud, la garantía de la calidad en la prestación de estos servicios y, la representación del afiliado ante el prestador, es decir, quien haya obtenido de parte del Estado autorización para asumir los riesgos en salud que les son trasladados por los afiliados que libremente las escogen, de manera que éstos directamente o través de la contratación que celebren con Instituciones Prestadoras de Salud, serán los únicos responsables de garantizar a través del Plan Obligatorio de Salud el servicio de telemedicina.

52. Lo anterior, en razón a que las Entidades Promotoras de Salud –EPS- (de naturaleza privada, pública o mixta) tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado tienen a su cargo, de manera indelegable por expreso mandato legal, la atribución de aseguramiento que implica: i.) La prestación del Plan Obligatorio de Salud -directamente o mediante contrato con IPS o ESE - de los afiliados que libremente las escojan, en el cual ya se incluye el servicio de telemedicina. ii.) La administración de los recursos destinados a cubrir el POS, representados en las Unidades de Pago por Capitación. De allí que sean éstas las únicas que por virtud de la ley están llamadas a recaudar, administrar y ejecutar las Unidades de Pago por Capitación.

53. En consecuencia, encuentra la Corte que los municipios y distritos en ejercicio de la competencia de aseguramiento de la población pobre de su jurisdicción al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado, cumplen por vía de las afiliaciones, con las actividades de promoción y prestación del servicio de telemedicina respecto de los asegurados de su jurisdicción, en la medida que el mismo será cubierto por el POS -S , de manera que es esa y no otra, la única interpretación que debe darse a la norma en estudio cuando indica que

"...las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para la promoción en salud como para la atención de sus afiliados".

Una interpretación contraria, lesiona el esquema de aseguramiento y desborda las competencias previstas por la Ley Orgánica 715 de 2001 a los municipios y distritos en materia de aseguramiento. Como es apenas evidente, los municipios y distritos carecen de competencia para prestar directamente servicios de salud. Su competencia se restringe a subsidiar su prestación a través de la suscripción de contratos de capitación con entidades aseguradoras y a verificar que se surtan debidamente las afiliaciones, de manera que el municipio no puede ejecutar por interpuesta persona competencias de las cuales carece.

En consecuencia, si la entidad que agremia a los municipios y distritos no ostenta la cualificación legal que lo habilite para administrar los servicios del POS-S o del POS-C, no podrá tampoco efectuar ninguna gestión que implique la administración y manejo de recursos que integran las unidades de pago por capitación. Adicionalmente, resultaría desproporcionado exigir al beneficiario, a quien la ley reconoce el derecho de libre afiliación, obligarlo a acudir a la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos para recibir el servicio de telemedicina, menos aún cuando como la Corte lo reconoce en la sentencia C-714 de 2008, esta entidad particular carece de capacidad técnica, científica y patrimonial, para asumir el riesgo financiero y de salud que entraña la prestación de este servicio, de manera que como se verá más adelante, la Corte no encuentra razonable, necesario o proporcionado a la luz de la autonomía territorial romper la unidad de pago por capitación, la integridad del Plan Obligatorio de Salud y el derecho de los usuarios a escoger con libertad a quién trasladan los riesgos en salud, con el sólo propósito de habilitar una intermediación que en materia de aseguramiento no se encuentra autorizada.

Adicional a ello, porque tampoco se encuentran autorizados los entes territoriales para reconocer con cargo a recursos del Sistema, gastos de administración o intermediación superiores al autorizado por la ley sobre el 100% de la Unidad de Pago por Capitación, que se autoriza únicamente a favor de las empresas aseguradoras.

54. En consecuencia la posible intermediación de dicha agremiación para hacer posible el servicio de telemedicina a nivel local, se reduce a los servicios de salud no cubiertos por el subsidio a la demanda que deben proporcionar los municipios y distritos a través de la red local de salud, de manera que solo en relación con esas competencias tendría alcance el párrafo segundo del inciso 23 numeral 3.3 artículo 6º de la Ley 1151 de 2007 cuando señala que "*los municipios y distritos a través de la entidad nacional que los agremia harán posible la prestación de este servicio*" y, es frente a ellas que la Corte efectuará el análisis de constitucionalidad por vulneración a la autonomía territorial y al derecho de asociación.

55. En esos términos, se impone a la Corte el deber de aclarar el alcance de la sentencia C-714 de 2008, reiterado en la sentencia C-593 de 2010, en relación con la siguiente afirmación: "*... esta corporación concluye que no resulta cuestionable, frente al contenido del artículo 48 superior, el hecho de que las normas demandadas encomienden a la entidad que agremia nacionalmente a los municipios colombianos, la responsabilidad de organizar y poner en funcionamiento los servicios de transporte aéreo medicalizado y de telemedicina.*"

Establecida así la constitucionalidad de estos preceptos, no puede dejarse sin mención el hecho de que, en razón a la naturaleza de su objeto y a la presumible falta de experiencia en actividades de salud, que podría afectar a la agremiación que el legislador encargó de organizar y poner en funcionamiento estos servicios, pueden surgir dificultades que lleguen a afectar la frecuencia, la calidad o la oportunidad de los mismos. Por estas razones, tal como lo señala el demandante a manera de ejemplo, la reglamentación vigente con anterioridad a esta ley dispuso que sólo podrían prestar los servicios de telemedicina las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) que cumplan ciertos estándares y requisitos.

Por todo ello, en atención al carácter especializado y de alta responsabilidad de estos servicios, y a que serán administrados recursos parafiscales, la Corte considera necesario condicionar la exequibilidad de estas normas, advirtiendo que estas actividades deberán cumplirse por conducto de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud o de empresas especializadas en la provisión de las mismas, todas las cuales estarán sujetas a los respectivos control y vigilancia previstos normativamente al efecto, particularmente, los que conforme a las normas vigentes ejercen la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público."(subrayado fuera de texto).

Se precisa entonces, que el tenor literal de la norma en estudio no otorga la administración de recursos parafiscales, representados en la Unidad de Pago por Capitación, ni a los municipios y distritos ni a una entidad nacional que los agremie, la condición de disponer del 0.3% de los recursos de la UPC va dirigida expresamente a las empresas promotoras de salud del régimen contributivo y subsidiado. Tampoco ello puede inferirse de la interpretación sistemática de la misma, pues es claro que tal posibilidad, en materia de salud dentro del esquema de aseguramiento, se reservó por la ley a las entidades aseguradoras del sistema.

La participación de dicha agremiación eventualmente podría ser procedente respecto de los servicios de salud no cubiertos por el subsidio a la demanda, en aquellos casos en que por autorización del departamento y mediante delegación se les entregue a los municipios el ejercicio de competencias de salud pública en los niveles 1,2 y 3,. De igual manera, para el ejercicio de las competencias en salud pública que tengan que ver, por ejemplo, con prevención y capacitación cuando las mismas sean prestadas por el municipio, esto es, cuando el mismo se encuentre clasificado en la categoría Especial (E), 1, 2 y 3, pues los municipios con clasificación 5 y 6 no están autorizados para la ejecución de tales competencias, en tal caso corresponde a los departamentos su ejecución, siempre que la Corte encuentre que con dicha limitación de ejercicio de dichas potestades no se vulnere la autonomía territorial o el derecho de asociación, como pasa a estudiarse a continuación.

56. En relación con los pronunciamientos efectuados por la Corte mediante las sentencias C-714 de 2008 y C- 593 de 2010, respecto del alcance del artículo 6º numeral 3.3. inciso 23 de la Ley 1151 de 2007, se debe indicar que éstos se circunscribieron al estudio del artículo 48 Superior, en punto a concluir que el hecho de financiar servicios de telesalud con cargo al 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación no constituía una destinación diferente de los recursos de salud, de manera que no fueron tenidos en cuenta aspectos que en esta oportunidad se revisan en detalle a propósito de la autonomía territorial de los municipios y distritos en el ejercicio de sus competencias en salud. En consecuencia, cuando en tales pronunciamientos se afirma que no se encuentra reserva en que particulares administren recursos parafiscales de salud, debe excluirse de esta afirmación los recursos de aseguramiento representados en la Unidad de Pago por Capitación, que sólo pueden ser administrados por entidades aseguradoras del sistema de salud, tal como se señaló en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

57. Aclarado el sentido del inciso 23 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, así como el alcance de las competencias de los municipios y distritos en materia de aseguramiento y su relación con la telesalud, pasa la Sala Plena a identificar si con relación a las competencias de dirección, salud pública y de manejo de la red pública, resulta constitucional que el hacer posible el servicio de telemedicina en la red local, se condicione a la intermediación y coordinación de la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos.

La autonomía territorial frente al inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007.

58. Colombia es una república unitaria, descentralizada y autonómica según se indica en el artículo 1º de la Carta, en razón a que parte del reconocimiento de un Estado unitario, que garantiza al mismo tiempo, un amplio ámbito de autonomía para sus entidades territoriales. Dentro de ese esquema, la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales se constituye en la espina dorsal para la comprensión y ejercicio de esta garantía, de forma que unas y otras si bien diferenciadas se articulen entre sí, de manera que se complementen y limiten.

Así, el equilibrio entre la unidad y la autonomía se logra mediante un sistema de limitaciones recíprocas -sentencia C-535/96- según el cual la autonomía, por una parte, se limita por el principio de unidad, en virtud del cual, debe existir uniformidad en todo lo que tenga que ver con el interés general nacional y, ello se expresa a través de una única legislación. La unidad, a su vez, se encuentra limitada por el núcleo esencial de la autonomía territorial que supone la capacidad de gestionar los intereses propios, dentro de los parámetros de un orden unificado por la ley general. En esa línea, la sentencia mencionada consideró que la autonomía debía entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual implica reconocer "*la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano...*", sino que se explica como un espacio esencial dentro del cual los entes territoriales ejecutan sus competencias y prerrogativas sin la interferencia de otras entidades, especialmente de la Nación.

59. En sentencia C- 931 de 2006, la Corte se refirió al contenido del principio de autonomía de las entidades territoriales, en los siguientes términos:

*"En ese esquema, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador deberá tener en cuenta que el contenido esencial de la autonomía se centra en la posibilidad de gestionar los propios intereses (C.P. art 287), una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a actuar a través de órganos propios en la administración y el gobierno de los asuntos de interés regional o local. Tal derecho, contenido de manera expresa en el artículo 287 Superior, hace parte del núcleo esencial de la autonomía, indisponible por el legislador, y se complementa con las previsiones de los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución, conforme a los cuales corresponde a las entidades territoriales determinar la estructura de sus respectivas administraciones, creando las dependencias que se estimen necesarias y fijándoles las correlativas funciones.*

"No obstante lo anterior, es claro que, para preservar el interés nacional y el principio unitario, corresponde al legislador establecer las condiciones básicas de la autonomía y definir, respetando el principio de subsidiariedad, las competencias del orden nacional que deberán desarrollarse conforme al principio de coordinación, que presupone unas reglas uniformes y una pautas de acción que, sin vaciar de contenido el ámbito de autonomía territorial, permitan una armonización de funciones.

60. Como se señaló a propósito de la reserva de ley orgánica, si bien la Constitución realiza un primer reparto de competencias a nivel sectorial en los entes territoriales, ésta deja abierta la posibilidad de que por vía legislativa se extienda la lista de facultades o funciones. En este sentido la Corte en sentencia C-125 de 2001, señaló que es al legislador a quien corresponde señalar el ámbito de la autonomía territorial, de manera que establezca "*el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.*"

61. El reparto de competencias que realiza la Constitución o la ley desde el contenido del artículo 287 de la Carta, convierte a las entidades territoriales en titulares del derecho a ejercer libremente sus potestades, en tanto poderes jurídicos que el ordenamiento les otorga, cuyo margen de acción en materia sectorial será mayor o menor de acuerdo con el grado de intensidad o detalle de las normas que lo regulan. Lo anterior, en razón a que a los entes territoriales les corresponde concurrir desde el nivel local a la prestación de los servicios públicos en sus respectivos territorios con fundamento en los artículos 311 y 365 de la Carta. Luego, la intensidad con que se ejerza la autonomía territorial en materia de prestación de servicios públicos dependerá del grado de regulación sectorial, sin que sea admisible una interferencia o injerencia distinta de aquella que proporcional y razonablemente señale la misma ley, es decir, sin obstáculos tales que impliquen vaciar de contenido el núcleo esencial de su autonomía.

62. El sector de la salud es en esencia descentralizado tal como lo dispone el artículo 49 Superior y, tiene como principal destinatario de competencias al municipio, en atención a la condición que dentro del esquema territorial se le concede en términos del artículo 1º de la Ley 136

de 1994, según el cual "El municipio es la entidad territorial fundamental de la división político administrativa del Estado, con autonomía política, fiscal y administrativa dentro de los límites que lo señalen la Constitución y la ley y cuya finalidad es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en su respectivo territorio". Es así como sus condiciones geográficas, culturales y administrativas, lo ubican en una posición estratégica más cercana a la población para atender con mayor oportunidad y eficiencia las necesidades locales y, para ocuparse de aquellos aspectos que merezcan mayor atención dentro de su territorio. Tal vez sea esa la razón para radicar en cabeza de municipios y distritos una amplia gama de competencias en salud, como se desprende de las leyes 10 de 1990, 60 de 1993 -ley orgánica- y 715 de 2001 -ley orgánica-.

63. Las competencias así radicadas en municipios y distritos, bien directamente por la Constitución, la ley, o en virtud de delegación de los departamentos o la Nación, son las que trazan la frontera en cuanto a la posibilidad de interferencia, sin perjuicio de que el margen de acción local frente al desempeño de la competencia sea más o menos restringido. En ese sentido, mientras mayor sea la intervención del Estado en la prestación de un servicio público a nivel del detalle de su ejercicio, menor será la órbita de ejercicio de sus potestades, lo cual en todo caso no significa vaciar de contenido la autonomía o capacidad de auto gestión así ésta sea reducida.

64. Según se expone, el margen de maniobra de los municipios frente a sus competencias de aseguramiento en salud, como se vio en párrafos precedentes, es sustancialmente restringida si se compara con su posibilidad de maniobra respecto al ejercicio de aquellas competencias destinadas a atender los servicios en salud de la población vinculada y la oferta de servicios no cubiertos por el subsidio a la demanda en los niveles I, II y III, cuando están son autorizadas expresamente por el Departamento, pues de lo contrario serían inexistentes.

Desde ese punto de vista, la gestión de aseguramiento, como se vio en párrafos anteriores, margina al municipio y/o distrito para prestar los servicios previstos POS, limita su facultad de contratación en tanto los contratos de capitación sólo pueden celebrarse con empresas promotoras de salud elegidas libremente por los usuarios, restringe la libertad de disposición de los recursos cedidos, aspecto que de suyo impide cualquier tipo de intermediación para efectos de su puesta en marcha. Las otras competencias en salud, en cambio, permiten un radio de acción más amplio, de forma que las autoridades territoriales deben esforzarse en optimizar sus recursos, establecer prioridades de inversión y verificar si se requiere o no a partir de sus propias capacidades administrativas, técnicas y financieras acudir a mecanismos de asociación, sin necesidad de que medie un mandato o condición que las constriña en tal sentido y coarte su libertad de decisión.

65. Pues bien, en materia de salud la autonomía territorial adquiere matices concretos, pues si bien la ley marca de manera contundente los límites competenciales, también define de manera concreta el ámbito de su ejercicio, así como los espacios en que operan fenómenos como la descentralización pura y, los principios de subsidiariedad y coordinación. En consecuencia, la autonomía que la Constitución le ha atribuido a los entes municipales sólo tiene sentido en la medida en que puedan cumplir bajo su propia tutela y gestión con los intereses que la misma Carta les ha señalado, así su dimensión de auto gestión se expresa en la posibilidad de decidir con fundamento en su músculo financiero y, en la capacidad de su aparato administrativo, si requieren o no unir esfuerzos con otros municipios o distritos o acudir al departamento en ejercicio del principio de subsidiariedad y coordinación, o a la creación de regiones o provincias o acceder a otra forma cualquiera de asociación para la satisfacción de sus necesidades básicas, entre ellas la prestación de servicios de salud o el mejoramiento social y cultural de su población.

66. Considera el demandante que la expresión "a través de la entidad nacional que las agremia" contenida en el artículo 6º, numeral 3.3., inciso 23 de la Ley 1151 de 2007, es contraria a la Constitución porque constriñe a los departamentos y distritos a hacer posible el servicio de telemedicina a través de un tercero constituido bajo la forma de una asociación privada del orden nacional, con lo cual se desconoce la autonomía de las entidades territoriales prevista en el artículo 287 Superior, al limitar el ejercicio de sus competencias de dirección y administración en salud.

67. En este contexto, corresponde a la Corte determinar si puede la ley condicionar, sin vulnerar la autonomía territorial, a los municipios y distritos a prestar los servicios de telemedicina o telesalud, a través de un tercero expresamente cualificado, cuya intermediación no se deriva ni de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud ni de aquellas que se ocupan de autorizar la participación departamental en virtud del principio de subsidiariedad para suplir las competencias que los municipios y distritos no pueden enfrentar satisfactoriamente. La Corte habrá de analizar también si la limitación de la autonomía territorial señalada por la norma resulta razonable y proporcional o si no lo es.

En aras de fortalecer la autonomía territorial, la Corte debe adelantar un análisis estricto de la norma que se reprocha antes que un control flexible que pueda resultar en detrimento de las caras potestades que surgen con ocasión del reconocimiento de la autonomía a municipios y distritos, en tanto se aprecia que la limitación a la autonomía municipal impuesta por la disposición que se demanda resulta severa.

68. Al prescribir la ley que los municipios y distritos harán lo posible por prestar el servicio de telemedicina, no se está frente a una prerrogativa de hacer o no hacer, como podría pensarse de una lectura desprevenida del texto en estudio, sino frente a una verdadera obligación de carácter positivo, en cuanto la acepción "hacer posible" indica según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua el deber de "no omitir circunstancia ni diligencia alguna para el logro efectivo de lo que ha sido encargado", responsabilidad que en términos de la misma norma debe ejecutarse por la entidad territorial a través "de la entidad nacional que los agremia", aspecto que sin lugar a mayores cavilaciones restringe el libre ejercicio de la autonomía territorial, sin que tal limitación aparezca necesaria, razonable o proporcionada.

69. Basta recordar que en términos de la doctrina constitucional el núcleo esencial de la autonomía territorial se encuentra en primera instancia en el artículo 287 de la Constitución Política, en el cual se enlistan las potestades o derechos que se derivan del reconocimiento de la autonomía a los entes territoriales: "1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en la rentas nacionales.", de manera que la integridad de

tales potestades no puede ser trasgredida por los poderes públicos, especialmente por el legislador, al señalar a las entidades territoriales que para ejercer sus competencias en salud –en este caso hacer posible el servicio de telemedicina- deban estar sometidos a la intermediación de un tercero.

70. Si bien en el caso concreto, la entidad territorial no es despojada o desprovista de sus competencias, sí se limita el ejercicio de las potestades que se derivan de ellas, desconociendo por completo su capacidad de autogestión, de manera que no pueden por sí mismas hacer posible el servicio de telemedicina a través del libre ejercicio de sus competencias de dirección, coordinación y prestación del servicio de salud, sino que deben hacerlo por interpuesta persona, lo cual de bulto interfiere con su autonomía y, con la facultad inherente a ella, de establecer la necesidad de asociarse de acuerdo con sus capacidades técnicas y financieras. Es claro, que la condición que fija la norma en estudio afecta la capacidad de administración y disposición de los recursos en salud y, la capacidad para suscribir o no contratos.

71. Tampoco se está ante una imposición fundada en elementos racionalizadores que garanticen una mayor eficacia en el proceso de introducción de la telemedicina en el nivel local, pues la coordinación que aparece más coherente es la que se realiza de manera horizontal entre municipios y distritos a nivel local o de manera horizontal con la concurrencia del departamento en virtud del principio de subsidiariedad y coordinación, de forma que, la condición señalada por la norma para el ejercicio de la telemedicina no encuentra un soporte constitucionalmente admisible.

72. Lo anterior se corrobora si se tiene en cuenta que para efectos de hacer posible las competencias en salud no cubiertas por el sistema de aseguramiento, el artículo 54 de la Ley 715 de 2001, contempla la figura de la "*organización y consolidación de redes*", según la cual el servicio de salud a nivel territorial debe prestarse mediante la integración de redes que permitan la articulación de unidades de servicio prestadoras de servicios de salud y la racionalización del costo de las atenciones en beneficio de la población, así como la optimización de la infraestructura que la soporta.

La red de servicios de salud se organiza por grados de complejidad relacionados entre sí, mediante un sistema de referencia y contrarreferencia que provee las normas técnicas y administrativas con el fin de prestar al usuario servicios acordes con sus necesidades. Para garantizar esta integración, en los planes de inversión de las Instituciones Prestadoras de Salud Pública se privilegia la integración de los servicios, los cuáles requieren del visto bueno y aprobación del Ministerio de la Protección Social.

73. En el mismo sentido, el artículo 30 de la Ley 1122 de 2007 señala que el Gobierno nacional, departamental o municipal debe promover la creación y fortalecimiento de asociaciones y cooperativas de las Empresas Sociales del Estado, que tengan como objetivo fortalecer la red pública hospitalaria. Estas asociaciones de Empresas Sociales del Estado ofrecerán servicios y/o insumos, siempre y cuando beneficien economías de escala, calidad, oportunidad, eficiencia y transparencia. En ese contexto, la introducción de servicios de telemedicina beneficia a las Empresas Sociales del Estado de áreas distantes, deprimidas o dispersas geográficamente, como ocurre con los departamentos de Amazonas, Caquetá, Guaviare, Guainía, Putumayo, Vichada y Vaupés.

74. En conclusión, la posibilidad de prestar servicios de salud a cargo de los municipios y distritos a través de la modalidad de telemedicina puede hacerse a través de las modalidades descritas, o a través de la asistencia técnica y financiera que están llamados a prestar los departamentos como entes intermedios entre el municipio y la Nación con recursos del situado fiscal, o activando las figuras constitucionales tales como la organización de regiones o provincias. Con todo, resultan incontables las posibilidades de asociación de municipios y distritos sin que pueda la norma coaccionar el uso de alguna de ellas. Lo cierto es que son más útiles y cercanas estas figuras, que aquella que constriñe a hacer posible el servicio de telemedicina a través de una entidad privada sin experiencia en salud del nivel nacional, en tanto es claro que no es posible utilizar la ley como instrumento para favorecer la celebración de contratos en cabeza de una persona previamente determinada.

75. De acuerdo con lo expuesto las entidades territoriales tienen, entre otros, los derechos a ejercer sus competencias y administrar sus recursos, lo cual resulta absolutamente obstaculizado si para ello se exige como obligatoria la intermediación o concurrencia de un tercero. En este caso, la norma demandada no respeta el reducto mínimo de autogestión de las entidades territoriales y, por el contrario lo invade injustificadamente, razón por la cual la expresión correspondiente será declarada inexecutable.

76. Encuentra la Corte que nada impide que los municipios o distritos encuentren eficaz coordinar la integración de sus redes locales de salud en cuanto al servicio de telemedicina, a través de una entidad que los agremie nacionalmente, pero si así fuere, lo será como resultado del ejercicio de sus potestades de autoregulación o autogestión y, no como consecuencia de una caprichosa imposición del legislador. En esos términos, si bien la Corte podría asumir una postura dirigida a la conservación de la norma, condicionándola a que la intervención de la agremiación de municipios sólo sea posible en cuanto a la prestación del servicio de telemedicina a partir de una decisión voluntaria y expresa en ese sentido del respectivo municipio o distrito, lo cierto es que en aras de fortalecer el concepto de autonomía todavía en evolución en Colombia, la Corte considera necesario eliminar este tipo de interferencias, más aún cuando su desaparición no altera la prestación de servicios de telemedicina en el nivel local y, cuanto se mantiene implícita la posibilidad de asociación.

Por demás, un tal condicionamiento no se acompasa con la claridad de la norma que no sugiere varias interpretaciones posibles, sino que su preceptiva es unívoca al obligar a los municipios y distritos a contratar en los términos ya expuestos.

77. En conclusión, del tenor literal del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, se infiere que el servicio de telemedicina se incorpora en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo y subsidiado vía Plan Obligatorio de Salud. Para el efecto, la norma ordena a las aseguradoras destinar un porcentaje del 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a este servicio. Esta obligación, no supone en modo alguno desmembrar la Unidad para efectos de trasladar un porcentaje de ella a un tercero que no ostenta la

calidad de asegurador del sistema, como tampoco desagregar el servicio de telemedicina del paquete de servicios de salud contenido en el POS, para que sea un tercero ajeno al Sistema quien lo contrate, ya que éste no está: i. facultado para garantizar los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud. ii. administrar recursos de la unidad de pago por capitación. iii. desconocer el derecho de libre escogencia que tienen los usuarios, en virtud del cual pueden seleccionar libremente a que asegurador trasladan sus riesgos en salud. iv. cobrar gastos de administración no autorizados por la ley del total de la Unidad de Pago por Capitación.

De allí que cuando, la disposición en estudio señala que los municipios y distritos harán posible la prestación del servicio de telemedicina, indica que estos entes territoriales desplegarán todas las acciones necesarias, en el marco de sus competencias, para asegurar este servicio.

En esos términos, la competencia de aseguramiento al régimen subsidiado se agota por los municipios y distritos con la suscripción de los contratos de seguro o capitación y con la transferencia de los subsidios correspondientes, sin perjuicio del seguimiento posterior, como se vio en párrafos precedentes. En consecuencia, al municipio le está vedado prestar directamente servicios de salud o contratar su prestación. De manera que si éste no tiene la facultad de prestar servicios de salud o de contratar directamente con entidades prestadoras de salud, mucho menos de que un tercero lo haga en representación de estos entes territoriales.

Frente a la prestación de servicios de nivel 1, 2 y 3, la Ley 715 de 2001 reserva esta competencia a los departamentos, salvo que éstos mediante delegación, autoricen a los municipios a contratarlos con Empresas Sociales del Estado, caso en el cual la competencia se restringe a la administración de recursos del situado fiscal y celebración de los respectivos contratos, competencia delegada que en consecuencia, tampoco puede ser trasladada a un intermediario.

Finalmente, respecto de las competencias generales en materia de salud pública, que tienen que ver con el desarrollo de políticas públicas, prevención y capacitación, sólo podrán ser ejercidas directamente por municipios de categoría especial, 1, 2 y 3, de manera que en los municipios de categorías 5 y 6 esta función está reservada exclusivamente a los departamentos. En ese caso es posible algún grado de intervención de terceros, que actuarán en caso de que las circunstancias financieras o técnicas así lo determinen y por decisión autónoma del ente territorial.

En consecuencia, el grado de intervención de la ley en el sector de la salud, impide un amplio margen de acción al municipio o distrito en cuanto al ejercicio de las facultades que se derivan de las competencias asignadas. No obstante, aunque restringido ese margen de acción no puede ser obstaculizado por el legislador, desconociendo la capacidad de auto-gestión de la entidad territorial, imponiéndole su ejercicio por interpuesta persona, pues con ello se vulnera el núcleo esencial de la autonomía territorial, por tanto la condición que fija la disposición en estudio afecta la capacidad de administración y disposición de recursos de municipios y distritos y la realización plena de su autonomía.

Si bien es posible que la ley en el marco del principio de libre configuración, pueda llegar a disponer que se desagregue la unidad de pago por capitación, que se autorice a entidades diferentes de las empresas promotoras en salud el aseguramiento de los servicios de salud que integran el POS, que se modifique el principio de libre escogencia de la empresa aseguradora por parte del afiliado, lo cierto es que ninguna de estas decisiones podrá obstaculizar el libre ejercicio de las potestades que se derivan de las competencias asignadas a los entes territoriales, más aún cuando tal limitación no se advierte como necesaria, razonable o proporcionada.

Considera, en consecuencia la Corte innecesario pronunciarse sobre la posible vulneración al derecho de libre asociación que radica en cabeza de las entidades territoriales, como respecto a la posible vulneración respecto del principio de democracia participativa.

Noveno. Análisis de constitucionalidad del inciso 23 del numeral 3.3 del artículo 6 de la ley 1151 de 2007, en cuanto a la orden dirigida a las empresas promotoras de salud EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, de dedicar el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados.

78. Para la Corte Constitucional la destinación que ordena la norma en estudio de un 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación de los regímenes contributivo y subsidiado para la coordinación y financiación de servicios de telemedicina, también genera reproches de orden constitucional, pues tal medida vulnera sin duda la sostenibilidad financiera del Sistema General de Salud e implica un desequilibrio sustancial en el mismo, como quiera que reduce en ese porcentaje la masa de recursos con cargo a los cuales se financian todos los servicios que contempla el Plan Obligatorio de Salud, según el esquema de subsidio a la demanda, descrito ampliamente en los numerales 37 y 38 de esta providencia, en contravía del principio de eficiencia de que trata el artículo 49 Superior.

El principio de *eficiencia* del Sistema General de Seguridad Social en Salud

79. La Constitución colombiana ha establecido en su artículo 49 que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. De conformidad con lo anterior, el legislador quedó habilitado constitucionalmente para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en el artículo 48 superior.

El principio de *eficiencia*, desarrollado en la Ley 100 de 1993, es entendido como la mejor utilización 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. Tales recursos resultan indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida *están todos articulados* para la consecución del fin propuesto por el Constituyente de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Sistema de Salud busca homogenizar la operación y optimizar los beneficios que otorgan las entidades de seguridad social sin distinción entre usuarios

de uno y otro régimen.

Para la prestación eficiente del servicio público, es importante que el sistema de seguridad social en salud cuente con un equilibrio financiero, el cual ha sido considerado por la jurisprudencia como un elemento fundamental para racionalizar el acceso a los servicios establecidos en los planes obligatorios de salud. A fin de preservar dicho equilibrio el Estado debe regular adecuadamente la relación entre los ingresos de recursos del sistema por un lado, y la prestación de servicios de calidad por el otro. Las regulaciones que no respeten ese equilibrio necesario pueden afectar el goce efectivo de todas las personas al derecho a la salud, en condiciones de universalidad, eficiencia, solidaridad y equidad, y resultar inconstitucionales.

80. Así, tal como se señaló en párrafos anteriores de esta providencia, la denominada Unidad de Pago por Capitación -UPC-, constituye el eje del andamiaje financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en tanto valor *per capita* que se traslada a la entidad aseguradora -EPS- "por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos" y que soporta el paquete básico de los servicios en salud que ofrece el Sistema a través del Plan Obligatorio de Salud (POS) para el régimen contributivo y el Plan Obligatorio de Salud (POS-S) para el régimen subsidiado.

Tal como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte, la Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS, sino que plasma, en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, lo cual significa "la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización". De ahí que la Corte haya considerado que la UPC constituye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación media, el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.

En este sentido, es claro que el papel de la Unidad de Pago por Capitación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es dar cobertura a: (i) El monto calculado del costo de los servicios de salud a que tiene derecho la población colombiana de acuerdo con sus necesidades, y (ii) La remuneración a que tienen derecho las EPS por la administración de los riesgos cubiertos.

81. La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado la relación de equilibrio que debe existir entre los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud y la suficiencia de la UPC que financia dichos planes:

"Además de la importancia de la definición clara de los contenidos de los planes de beneficios para efectos de la protección del derecho a la salud de los usuarios, este aspecto es esencial para aclarar el ámbito de financiación de la UPC y los casos en los cuales procede el recobro ante el Fosyga, ya que estos recursos solo están previstos para los casos en los cuales el servicio no se encuentra en el POS y la persona carece de recursos propios para sufragarlos. Así pues, la incertidumbre con relación a los contenidos del plan obligatorio de servicios de salud afecta gravemente el derecho a la salud de las personas, no sólo por cuanto impone barreras en el trámite para acceder a los servicios, sino también por cuanto impide adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar la financiación de estos con miras a asegurar el goce efectivo del derecho a la salud.

La Corte Constitucional ha reiterado que los servicios de salud comprendidos dentro del POS ya se encuentran financiados dentro del sistema de aseguramiento creado por la Ley 100 de 1993. Ello justifica que el juez de tutela ordene prestar tales servicios de manera inmediata, para proteger el goce efectivo del derecho a la salud. Así se ha reconocido que existe una estrecha relación entre el POS y la UPC". (subrayado fuera de texto)

En esta medida, tales recursos deben aplicarse en primer lugar, al costo en salud, y en segundo lugar, al gasto administrativo asociado a dicho costo en salud. Finalmente, la utilidad o excedente operacional resultante podrá apropiarse por las entidades administradoras de los riesgos en salud. Corresponde a la CRES fijar el valor de la UPC anualmente, teniendo en cuenta para el efecto, las necesidades de los afiliados según el perfil epidemiológico y el rango de edad, las frecuencias de uso establecidas en las guías y los protocolos de atención integral vigentes en el país, así como la dispersión geográfica de los afiliados.

En conclusión, para conservar el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en especial de los recursos necesarios para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, respecto de cada afiliado o beneficiario, se requiere el balance entre ingresos y prestaciones, es decir entre UPC y POS.

El servicio de telemedicina en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

82. Tal como se dejó establecido en el numeral 18 y siguientes de esta providencia, el servicio de salud a través de telemedicina en el Sistema de Salud se viene garantizando a partir de la Ley 1122 de 2007 a través de las Empresas Sociales del Estado y del artículo 32 de la Ley 1176 del mismo año que otorgó al Gobierno la facultad de regular este servicio. Así, a partir del 1º de enero de 2010 no queda duda que el Plan Obligatorio de Salud incluye el servicio de telemedicina, según el Acuerdo 08 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, por el cual se aclaran y actualizan integralmente los planes obligatorios de salud, de los regímenes contributivo y subsidiado. El artículo 12 de dicho Acuerdo -como se mencionó en párrafos anteriores-, garantiza el acceso de los beneficiarios a servicios especializados de salud, de forma que:

"Párrafo. Las EPS facilitarán el acceso oportuno al servicio especializado a través del profesional básico, mediante los servicios de telemedicina conforme a los estándares de habilitación del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la atención en salud vigentes."

Lo anterior, permite concluir que el servicio de telemedicina es parte de los contenidos de los planes obligatorios de salud sin necesidad de que

para su prestación deba destinarse un porcentaje específico de la Unidad de Pago por Capitación, ya que este deberá hacerse efectivo en la medida que sea requerido por los usuarios en salud.

No obstante, encuentra la Corte que en efecto, como lo aduce el demandante y lo corroboran la mayoría de los intervinientes, el desplazamiento de un porcentaje fijo del 0.3% los recursos (UPC-C y UPC-S) con los cuales se financian todos los beneficios incluidos en los planes obligatorios de salud de los regímenes complementario y subsidiado, para dar cobertura al servicio de telemedicina, introduce un factor de desequilibrio en el balance que debe existir entre UPC-POS, el cual se proyecta en el quebrantamiento del principio de eficiencia que de conformidad con el artículo 49 de la Carta, debe orientar el manejo racional de los recursos con los cuales se financia la salud de los colombianos.

83. Uno de los elementos fundamentales para la satisfacción del principio de manejo eficiente de los recursos asignados al sistema de seguridad social en salud, radica en su articulación orientada a la consecución del fin propuesto por el Constituyente para garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. Esta articulación en el manejo de los recursos en torno a los fines que orientan el sistema, busca optimizar y homogenizar la operación de los beneficios que deben otorgar la entidades prestadoras del servicio de salud.

La orden de congelar un porcentaje neto del 0.3% de la UPC-C y UPC-S, la cual como ya se indicó está destinada a financiar el POS, podría colocar a las EPS de ambos regímenes en posición de un eventual incumplimiento de las obligaciones frente a sus afiliados, como quiera que deben garantizar el POS con una UPC disminuida en este porcentaje para financiar el riesgo y las coberturas incluidas en los planes de beneficios calculadas sobre el 100% de la UPC.

84. De este modo, la mencionada transferencia altera el equilibrio UPC-POS que la jurisprudencia de esta Corte ha defendido como un eje estructural de la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, y puede conducir a estimular la ineficiencia de las EPS, toda vez que se obliga a estas entidades a trasladar un porcentaje fijo de la UPC que el sistema les reconoce para atender las coberturas previstas en el POS para sus afiliados, a la financiación del servicio de telemedicina que puede llegar a no ser demandado por el respectivo afiliado disminuyendo su capacidad de atención respecto de otros servicios de alto costo que sí se demande.

Así, la destinación del 0.3% de la UPC a la financiación del servicio de telemedicina, genera una correlativa desfinanciación de los servicios de seguridad social en salud que se cubren con la UPC tanto en el POS del Régimen Contributivo, como en el POS del Régimen Subsidiado, toda vez que a través de ella se contempla una destinación específica de recursos sin que paralelamente se prevean fuentes alternativas de financiamiento que restablezcan, con recursos parafiscales adicionales, el equilibrio perdido.

No desconoce la Corte la potestad legislativa para modificar las destinaciones de la UPC para fines propios de la seguridad social. Sin embargo, es necesario que los cambios que introduzca no afecten el equilibrio financiero del sistema, el cual, se reitera, se encuentra estructurado bajo el esquema de aseguramiento de servicios POS, por demanda, frente al reconocimiento de la UPC.

Una medida de las características de la aquí analizada genera distorsiones al interior del sistema de financiamiento de los servicios de salud adscritos al POS, comoquiera que crea una disparidad entre el valor de la UPC que se reconoce a las EPS y los costos que estas enfrentan para atender los beneficios incluidos en el POS. La distorsión se profundiza si se tiene en cuenta que, tal como se demostró en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, el servicio telemedicina ya está incluido en el POS. De modo que sustraer un 0.3% del valor de la UPC que se reconoce a las EPS para financiar el servicio de telemedicina, comporta una duplicidad del aseguramiento referido a un mismo servicio, y la consecuente desfinanciación de la UPC que actualmente se les reconoce, lo cual va en desmedro de los demás beneficios cobijados por el POS.

85. Adicionalmente, la manera como está concebido en la Ley 1151 el monto que debe ser destinado al servicio de telemedicina, conlleva a que cualquier incremento que se autorice en la UPC de ambos regímenes, ya sea por que se apruebe una ampliación del POS, o por el incremento anual normal de la UPC, se reflejaría automáticamente en un incremento proporcional del monto asignado a dicho programa, sin que ello responda a una lógica de contraprestación, o a cálculos previos de suficiencia orientados a garantizar el equilibrio y la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esta situación puede mermar posibilidades a la financiación de la ampliación de cobertura de los planes obligatorios de salud, y por ende afectar la progresividad en el mejoramiento del acceso a los servicios de salud.

Advierte la Corte que la desfinanciación que la norma analizada produce en la UPC de los regímenes contributivo y subsidiado, profundiza la situación deficitaria y el agravamiento de la crisis en la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud, cuya existencia se constató en la sentencia C-252 de 2010, no obstante haberse establecido en aquella oportunidad, que dicha situación de desequilibrio obedecía a problemas estructurales en el sistema de salud que se venían presentando de tiempo atrás y a la falta de adopción oportuna y eficiente, por parte del Gobierno, de las medidas que el orden jurídico pone a su disposición para solucionar la problemática advertida, y que por ende no podían ser enfrentados con los poderes excepcionales que ofrece la declaratoria de emergencia económica.

El fortalecimiento de un servicio que, como la telemedicina está orientado a mejorar las condiciones de accesibilidad y eficacia de la seguridad social en salud, no puede configurarse financieramente a costa de poner en riesgo las coberturas de los Planes Obligatorios de Salud, que como se ha señalado, se financian con la UPC-C y UPC-S. Esta opción resulta inadmisibles frente al equilibrio que debe existir entre UPC - POS, con mayor razón si, como quedó establecido, todas las prestaciones previstas en el numeral 3.3.1 del artículo 6º de la Ley 1151/07, encuentran cobertura dentro de diferentes cuentas del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

86. Tal como lo expone el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la medida señalada por la norma establece un sobre costo social que los beneficiarios del sistema y el Estado no tienen por qué asumir. Los ingresos anuales por concepto del 0.3% de las UPC ascienden a \$47 mil

millones anuales, no obstante el "costo del contrato sería de \$43 mil millones anuales, del cual sin embargo la Federación descuenta un 11.9% por concepto de costos de administración y otros. Con esto el sobrecosto efectivo asciende a \$9.2 mil millones anuales ... es el costo de una intermediación que no resulta eficiente".

87. Como se nota la eficiencia del Sistema se afecta de dos maneras: 1. se descapitaliza la Unidad de Pago por Capitación en una proporción equivalente al 0.3% lo cual afecta, en general, la financiación del paquete de servicios previstos en el Plan Obligatorio de Salud calculado en el 100% por ciento de la Unidad, según la frecuencia de demanda de servicios. 2. Se generan costos exagerados e innecesarios de intermediación, existiendo de hecho una entidad que realiza dichas actividades, como lo es la Empresa Promotora de Salud cuyo costo ya está presupuestado en la Unidad de Pago por Capitación. Se pregunta esta Sala si acaso con la crítica situación financiera por la que atraviesa el sector de la salud se justifican unos costos de intermediación de \$9.2 mil millones anuales que finalmente quedaran en la arcas de una asociación cuya naturaleza en nada beneficia al sector?

La facultad de modulación de los efectos temporales de las sentencias de inexecutableidad.

88. La inexecutableidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución. No obstante, como es altamente probable que una norma haya tenido consecuencias en el tráfico jurídico antes de ser declarada inexecutable, a pesar de los vicios que la acompañaban de tiempo atrás, existe una controversia sobre cuál debe ser el alcance de la decisión proferida por el juez constitucional, particularmente en cuanto a los efectos temporales de su decisión.

De un lado, los efectos hacia el futuro o *ex nunc* -desde entonces- de la declaratoria de inexecutableidad encuentran razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella.

89. Pero de otro lado, los efectos retroactivos de la sentencia de inexecutableidad encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios contenidos en ella no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que por tratarse de un vicio que afectaba la validez de la norma, sus efectos deben ser *ex tunc* -desde siempre- cual si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias nocivas derivadas de la aplicación de normas espurias siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan.

En el escenario descrito, para el caso colombiano la regulación acogida por el Constituyente y desarrollada por el Legislador con el fin de armonizar esas posiciones, establece que la Corte Constitucional tiene no sólo la potestad sino el deber de modular los efectos temporales de sus providencias, pues a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política.

Sobre el particular, como ha sido explicado en otras oportunidades, "el juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una determinación, ya que su deber es pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, para lo cual puede modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales".

90. Ahora bien, además de la misión encomendada por el artículo 241 Superior, el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que las sentencias que profiera la Corte sobre los actos sujetos a su control "tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario".

Conforme a la disposición citada, declarada executable mediante sentencia C-037/96, si bien es cierto que por regla general las decisiones de esta Corte tienen efectos hacia el futuro, también lo es que esos efectos pueden ser definidos en otro sentido por la propia Corporación. Y para tal fin la Corte ha planteado la siguiente metodología:

91. En el presente caso la modulación de los efectos de la presente providencia debe construirse teniendo como norte la supremacía material de la Constitución y el efecto útil del derecho, de manera que la caótica situación financiera de la salud en Colombia no se vea menoscabada por gastos de intermediación innecesarios y por restricciones ineficientes de la Unidad de Pago por Capitación, como tampoco que las entidades territoriales se vean constreñidas a cumplir con compromisos que afectan los linderos de su autonomía, pues de otra manera, carecería de sentido el pronunciamiento de inconstitucionalidad.

Siguiendo los lineamientos hasta aquí reseñados, los efectos de la presente declaratoria de inexecutableidad se deberán surtir desde la fecha de promulgación de la Ley 1151 de 2007, así como desde la fecha de promulgación de la norma integrada, esto es, con efectos retroactivos, pues de otra manera la decisión de la Corte carecería de sentido para garantizar la supremacía material de la Constitución.

92. Por último, la Corte no encuentra cómo el hecho de conceder efectos retroactivos a la presente declaratoria de inexecutableidad, con el fin de proteger la supremacía e integridad de la Constitución, y de ser especialmente celosa del respeto al principio de eficiencia de los recursos de la salud y del derecho a la autonomía territorial, pueda generar una situación que afecte la institucionalidad o que resulte más desfavorable en términos de valores y principios constitucionales. De lo contrario, el pronunciamiento de la Corte no sólo sería inocuo sino que permitiría reconocer efectos a una norma que sólo favorece a una organización en particular y, cuya aplicación sólo agudiza la crisis financiera que se cierne sobre el Sistema de Salud en Colombia en contravía del ordenamiento Superior. No de otra forma es posible garantizar una verdadera seguridad jurídica y certeza del derecho.

93. Finalmente, respecto del aparte final del inciso 23 del numeral 3.3. del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007, según el cual "...Asimismo, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo para autorizar o renovar el funcionamiento de las

EPS, en particular al momento de verificar sus redes de servicios. (...)”, advierte la Corte que este pierde cualquier sentido en la medida que se declarará inexecutable el supuesto de hecho que autoriza la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud, de manera que por consecuencia será declarado inexecutable, de suerte que se impida que permanezca vigente de manera formal a pesar de carecer de toda lógica desde el punto de vista técnico.

94. Por lo expuesto, la Corte declarará inexecutable la totalidad del inciso 23 del numeral 3º del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, así como las siguientes expresiones del artículo 33 de la Ley 1176 de 2007: "Adiciónase al numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 el siguiente numeral: 44.1.7 Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con", así como "y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las Leyes 1151 de 2007 artículo 6o, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007" desde la fecha de su promulgación.

#### VII. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- Declarar inexecutable desde la fecha de su promulgación el inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6º de la Ley 1151 de 2007, que establece "Para garantizar lo establecido en el párrafo 2o del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados; los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio. Asimismo, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo para autorizar o renovar el funcionamiento de las EPS, en particular al momento de verificar sus redes de servicios."

Segundo.- Declarar inexecutables desde la fecha de su promulgación las expresiones "Adiciónase al numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 el siguiente numeral: 44.1.7 Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con" y "y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las Leyes 1151 de 2007 artículo 6o, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007" contenidas en el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007.

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

Siguen firmas,

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Impedimento aceptado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

---

Fecha y hora de creación: 2026-05-22 00:03:53