



# Sentencia 197 de 2012 Corte Constitucional

REPUBLICA DE COLOMBIA

SENTENCIA C-197 DE 2012

Referencia: expediente D-8533

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones."

Demandante: Jairo José Arenas Romero

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo -quien la preside, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

## 1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jairo José Arenas Romero demandó el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011. La demanda fue inicialmente inadmitida por el Magistrado Sustanciador, por falta de claridad y suficiencia. El actor corrigió oportunamente su demanda y ésta fue admitida mediante auto del 26 de mayo de 2011.

### 1.1. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada; se subraya lo acusado:

"LEY 1438 DE 2011

(Enero 19)

Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011

Por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

(...)

ARTÍCULO 52. *CONTRATACIÓN POR CAPITACIÓN*. Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación."

### 1.2. LA DEMANDA

El demandante considera que el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011 vulnera los artículos 13, 48, 49, 84, 209 y 333 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1.2.1. Indicó que la disposición desconoce el artículo 48 superior, ya que restringe injustificadamente las formas de contratación del sistema de salud, y de este modo atenta contra el principio de eficiencia. Resaltó que la forma de contratación que se restringe, además de ser la más eficiente, es la de mayor uso. Explicó que esto se debe a sus ventajas, tales como:

"(...) mayores garantías de contención de costos, mayores incentivos para la realización de actividades de promoción y prevención, menos frecuentes y severos mecanismos de control por parte de las EPS, promueven la búsqueda de efectividad de las actividades de Promoción y Prevención, acercamiento del sector salud con los pacientes, se beneficia de los estudios de tipo epidemiológico y demográfico, necesarios para

la planeación de actividades sectoriales, posibilita servicios con UPC diferenciales, por rangos de edad y género, etc."

Teniendo en cuenta estos beneficios, aseveró que el legislador no puede restringir esta forma de contratación sin una razón suficiente, y que al hacerlo, creó "(...) en la realidad y de manera objetiva perjuicios para el sistema de salud, que lejos de ser más eficiente con la norma que se demanda, pierde un instrumento que le permite alcanzar en mayor grado la eficiencia".

1.2.2. Adujo que la disposición también lesiona los artículos 49 y 209 superiores, toda vez que la restricción que contiene no es idónea, pues no persigue fines constitucionales. En este punto, el actor expresó:

"Uno de los requisitos con los que debe cumplir la configuración legal del estado en materia de seguridad social es que debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia en la prestación del servicio, por lo tanto las medidas que se tomen deben resultar idóneas para alcanzar tales finalidades, no obstante no se entiende en qué medida la prohibición de uso de la contratación por capitación protege los derechos de los pacientes, o garantiza la utilización óptima de los recursos.

Si bien la preocupación fundamental del legislador es que se refiere a la posible intermediación por la cual la IPS puede terminar asumiendo responsabilidades que por ley le corresponden a las EPS en calidad de aseguradora, resulta contraevidente que se busque tal objetivo mediante la prohibición de una forma de colaboración empresarial cuya relación con el principio de eficiencia es evidente."

Finalmente, el demandante argumentó que la disposición censurada desconoce el artículo 333 de la Carta, pues limita la libertad económica en tanto "atenta contra la finalidad fundamental para la cual fue autorizada la participación de las EPS privadas, esto es satisfacer el objetivo común de generar el mejor uso de los recursos económicos y a su vez tener una ganancia legítima, pues claramente la contratación por capitación posibilita ambos objetivos". Agregó que al amparo del artículo 333 superior, "[l]as EPS e IPS deben estar en libertad de convenir la forma de contratación y pago que más se ajuste a sus necesidades e intereses, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de habilitación y operación de servicios".

### 1.3. PRUEBAS

1.3.2. Mediante auto del 23 de junio de 2011, el Magistrado Sustanciador solicitó al entonces Ministerio de la Protección Social que respondiera las siguientes preguntas:

"(...) (i) las características de la contratación por pago por capitación que pueden adelantar las Entidades Promotoras de Salud y (ii) si conoce las razones por las cuales resultaba necesario establecer límites a la contratación de servicios por el mecanismo de pago por capitación por parte de las EPS, dentro del marco de la reforma al sistema de salud."

1.3.3. En respuesta, el Ministerio suministró información que se analizará en el acápite de consideraciones.

### 1.4. INTERVENCIONES

Ministerio de la Protección Social

El representante del antiguo Ministerio de la Protección Social solicitó que la disposición demandada fuera declarada exequible, pues aseguró que el precepto (i) fue adoptado de conformidad con las amplias facultades de regulación que la Constitución otorga a Congreso en materia de seguridad social; (ii) no atenta contra el núcleo esencial de la libertad económica, pues permite a los particulares acordar las cláusulas del contrato; (iii) en tanto conmina al prestador y al asegurador a reportar con oportunidad y calidad la información de los servicios de baja complejidad prestados y, en consecuencia, permite la mejor utilización de los recursos financieros disponibles, se dirige a mejorar la prestación de los servicios a los usuarios, es decir, contribuye a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud; y (iv) constituye una medida proporcionada, ya que, de un lado, protege a los usuarios y, de otro, no afecta excesivamente la libertad económica de las EPS, pues éstas puede en todo caso: "(...) elegir las Instituciones Prestadoras de Salud con las que contratarán, fijar las cláusulas en el mecanismo de pago por capitación, para asegurar que el costo de los servicios facturados sea real y, objetar y glosar las facturas que presenten las Instituciones Prestadoras de Salud, entre otros."

#### 1.4.2. Superintendencia Nacional de Salud

La representante de la entidad solicitó a la Corte inhibirse de dictar un fallo de fondo o, en su defecto, declarar exequible la disposición demandada, por las razones que a continuación se resumen:

1.4.2.1. Indicó que el cargo por violación del artículo 333 superior se basa en una interpretación subjetiva del demandante y carece de claridad y especificidad, pues el afirmar que la colaboración empresarial es necesaria para el desarrollo del principio de libertad económica, "(...) no me dice que viole el ordenamiento constitucional". En consecuencia, aseguró que "(...) no hay un argumento del cual pueda valerse el demandante para afirmar que el numeral 52.1 de la Ley 1438 de 2001 (sic) vulnera el artículo 133 (sic) de la Constitución." Además, resaltó que el demandante no menciona las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales considera que el precepto "(...) i) no garantiza los derechos fundamentales de los usuarios, no menciona a cuáles derechos se refiere, y qué ii) restringe la libertad de negociar libre e independientemente los términos administrativos y económicos de sus 'relaciones contractuales'."

1.4.2.2. A continuación, describió el origen y fundamento de la contratación por capitación. En este sentido, resaltó que este tipo de contrato nació en Inglaterra "(...) bajo el argumento de que no se debe pagar por atender la enfermedad, sino por mantener la población sana." Por ello,

precisó que se basa en el concepto de enfermo potencial y no de enfermedad sentida, y su estrategia es la promoción y prevención para evitar que el paciente demande más servicios.

Sin embargo, explicó que por su configuración, "[d]emanda un amplio conocimiento de las características de la población atendida, pues para poder calcular el pago por usuario, es necesario que se conozca de manera aproximada cual es el volumen de servicios que requerirá dicha población (perfil de morbilidad). Lo anterior implica que este servicio sea aplicado, ante todo, en los servicios médicos de baja complejidad, correspondiente a los casos en que se conocen esos patrones de comportamiento y se quiere garantizar la cobertura universal de los mismos." Cuando se utiliza para estos eventos, señaló que esta modalidad contractual "[g]arantiza un adecuado control de los costos de los servicios prestados, al incentivar a los Prestadores de Servicios de Salud a implementar mecanismos para evitar riesgos."

También sostuvo que la contratación por capitación se utiliza en el caso de poblaciones dispersas a las que el pagador del servicio difícilmente puede hacerle seguimiento, como en las áreas rurales. En estos casos, indicó que esta modalidad contractual "(...) hace recaer el control (de calidad y uso) sobre el prestador del servicio, facilitando con esto la labor de vigilancia del pagador."

Finalmente, aseguró que aunque el monto de la capitación determina en buena medida la calidad del servicio y la adquisición de tecnología, el hecho de que en esta modalidad de contrato el riesgo recaiga sobre el prestador del servicio, "(...) favorece la adquisición de tecnología con buena relación costo beneficio."

1.4.2.3. Explicó cómo ha operado contratación por capitación en Colombia. Al respecto, indicó que cuando esta modalidad contractual fue adoptada en el país, no se precisó para qué tipo de enfermedades se aplicaría, lo que condujo a una transferencia total del riesgo de las EPS a las IPS.

También señaló que un problema frecuente en estos acuerdos de voluntades es que las EPS contratan un nivel de atención con las IPS sin tener en cuenta los servicios de salud específicos que las IPS tienen habilitados en el respectivo nivel de complejidad. Explicó que ello lleva a que las IPS terminen subcontratando los servicios que no tienen, lo que genera una intermediación que es prohibida por la normativa. Por esta razón reiteró que la capitación solamente debe emplearse para servicios de baja complejidad.

1.4.2.4. Con fundamento en las anteriores explicaciones, afirmó que la disposición acusada no contiene una medida desproporcionada, ya que (i) "(...) la existencia de una regulación de determinadas operaciones de contratación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se muestra como una herramienta idónea y pertinente para cumplir con las finalidades estatales relativas a la prestación de los servicios de salud y a la relación contractual entre asegurador y prestador"; y (ii) "(...) la naturaleza misma del mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad incentiva promoción y prevención (propia de este nivel de atención) con el objeto de reducir los riesgos asociados a enfermedades más complejas".

#### 1.4.3. Asociación Colombiana de Sociedades Científicas

La entidad solicitó que la disposición demandada sea declarada inexecutable, por las siguientes razones:

1.4.3.1. Señaló que la contratación por capitación "(...) ha llevado a la precariedad del servicio asistencial, poniendo en riesgo la vida de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto los precios pagados al contratista por afiliado no cubren los gastos en que incurren las IPS o el profesional que contrata la prestación del servicio." Por ello, sostuvo que los contratistas, para garantizar un margen de utilidad, acuden a estrategias de prestación del servicio deficientes. En este sentido, explicó que el modelo lleva a la selección adversa de los pacientes por las IPS, lo cual no permite su atención oportuna. Expuso el siguiente ejemplo:

"(...) cuando se logra acceder a la cita médica, ésta se programa para dentro de 10, 20 o 30 días después, con lo cual transcurre un término prudencial y es posible que desaparezca la sintomatología que dio lugar a la cita y el paciente decida cancelarla; también puede suceder que por lo prolongado del tiempo el afiliado opte por automedicarse o sufragar a su costa los gastos que demande el servicio, o que no pida la cita porque es muy prolongado el tiempo que ha de esperar para ser atendido o en algunos casos, llegue primero el deceso que la adecuada atención integral a la cual tiene derecho el paciente. De esa manera se disminuyen los eventos y se incrementa el ingreso a favor de la IPS o del profesional que ha contratado bajo la modalidad de la capita la prestación del servicio médico asistencial."

1.4.3.2. Explicó que la capitación se ha empleado en el país como forma de trasladar el riesgo, lo cual ha traído consecuencias adversas para todos los participantes en el sistema:

"(...) a los usuarios al ponerlos en riesgo de un mal servicio, a los prestadores al trasladarles el riesgo de forma no técnica o generarles riesgos que ellos no pueden asumir o incluso ponerles en peligro su estabilidad financiera; y al asegurador ya que tendrá buenos o malos resultados económicos a corto plazo dependiendo hacia dónde sea el desfase del valor que paga por capitación pero seguramente tendrá que cambiar la red de prestadores frecuentemente, limitándola cada vez más, generando en los usuarios una percepción de falta de asistencia, dando como resultado su desafiliación y prestando un bajo servicio que ha ocasionado el aumento, cada vez mayor, de deserción del sistema."

1.4.3.3. Con fundamento en estas consideraciones, la asociación concluyó que el precepto demandado busca garantizar los derechos a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

#### 1.4.4. Universidad del Sinú

La universidad interviniente defendió la constitucionalidad de la disposición acusada de la siguiente forma:

1.4.4.1. Resaltó que la experiencia reciente ha mostrado que el modelo de libre mercado impulsado por las EPS falló y que, por tanto, debe promoverse un modelo de competencia regulada.

1.4.4.2. De otro lado, aseguró el precepto bajo estudio no desconoce la libre empresa, pues, por una parte, no impide la participación de los particulares y, por otra parte, no compromete la eficiencia del sistema.

#### 1.4.5. Intervenciones extemporáneas

El ciudadano José Darío Trigos Huertas, de forma extemporánea, coadyuvó la demanda bajo el argumento de que la limitación de la libertad contractual contenida en el precepto demandado no es razonable, ya que afecta la eficiencia y el propósito de ampliación progresiva del sistema. Al respecto, afirmó:

"(...) la figura de la capitación se ha mostrado como una forma de racionalización de los servicios de salud, haciendo que los prestadores operen de forma más eficiente, tanto desde el punto de vista económico como técnico-científico, de tal manera que se generan ahorros significativos para un Sistema cuyo punto flaco ha demostrado ser precisamente el de su sostenibilidad, y garantizando una mayor resolutivez en las atenciones en salud que se reflejan en mejores indicadores de calidad y beneficios para los pacientes" (negrilla original).

### 1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte inhibirse por ineptitud de la demanda, pues, en su criterio, la demanda "(...) no está acompañada de un verdadero concepto de violación". Aseguró que el demandante "[e]n lugar de confrontar el contenido legal con los preceptos constitucionales, (...) construye un discurso sobre la conveniencia económica de la institución de pago por capitación, y sobre la relación de esta conveniencia económica con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad"; y precisó que "[e]l que una norma sea más o menos conveniente desde el punto de vista económico" no la hace per se inconstitucional.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada hace parte de una ley de la República.

### 2.2. CUESTIÓN PREVIA: EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA.

La Superintendencia Nacional de Salud y la Procuraduría aseguraron que los cargos planteados por el actor no cumplen con los requisitos exigidos por esta Corporación para generar un debate constitucional, pues no contienen un verdadero concepto de violación. En su sentir, la demanda parte de una interpretación subjetiva de la disposición y de argumentos de conveniencia. Por lo anterior, solicitan que la Corte profiera un fallo inhibitorio.

Procede la Sala a examinar si los cargos formulados por el actor cumplen con los requisitos señalados por el decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional:

#### 2.2.1. Requisitos que deben reunir las demandas de inconstitucionalidad.

2.2.1.1. El artículo 2° del decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad<sup>1</sup>. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con precisión el *objeto* demandado, el *concepto de violación* y la razón por la cual la Corte es *competente* para conocer del asunto. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 del decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

2.2.1.2. En la sentencia C-1052 de 2001<sup>2</sup>, la Corte precisó las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las razones presentadas por el actor deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*.

La *claridad* se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.

El requisito de *certeza* exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada.

La *especificidad* demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad.

La *pertinencia* se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el del precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas.

Finalmente, la *suficiencia* guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten *una duda mínima* sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

## 2.2.2. Examen de la aptitud de los cargos formulados

2.2.2.1. El demandante considera que el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011 vulnera los artículos 13, 48, 49, 84, 209 y 333 de la Constitución, por las siguientes razones:

Aseveró que el precepto desconoce el artículo 48 superior, ya que restringe injustificadamente las formas de contratación del sistema de salud y, de este modo, atenta contra el principio de eficiencia. Lo anterior teniendo en cuenta que la contratación por capitación -en su criterio- (i) otorga mayores garantías de contención de costos, así como mayores incentivos para la realización de actividades de promoción y prevención, (ii) da lugar a menos frecuentes y severos mecanismos de control de las EPS sobre las IPS, (iii) promueve la búsqueda de efectividad de las actividades de promoción y prevención, (iv) acerca el sector salud a los pacientes, (v) se beneficia de los estudios de tipo epidemiológico y demográfico necesarios para la planeación de actividades sectoriales, y (vi) posibilita servicios con UPC diferenciales, por rangos de edad y género, etc."

Adujo que la disposición también lesiona los artículos 49 y 209 superiores, toda vez que la restricción que contiene no es idónea, pues no persigue fines constitucionales. En este punto, el actor se limitó a expresar que las ventajas del contrato son evidentes y que, de otro lado, no hay ninguna justificación para la decisión del legislador.

Finalmente, el demandante argumentó que la disposición censurada desconoce el artículo 333 de la Carta, pues limita la libertad económica en tanto "atenta contra la finalidad fundamental para la cual fue autorizada la participación de las EPS privadas, esto es satisfacer el objetivo común de generar el mejor uso de los recursos económicos y a su vez tener una ganancia legítima, pues claramente la contratación por capitación posibilita ambos objetivos". Agregó que al amparo del artículo 333 superior, "[l]as EPS e IPS deben estar en libertad de convenir la forma de contratación y pago que más se ajuste a sus necesidades e intereses, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de habilitación y operación de servicios".

Cabe aclarar que aunque el demandante mencionó el artículo 13 constitucional, no formuló ningún cargo al respecto.

2.2.2.2. A juicio de la Sala, pese a la brevedad de los argumentos, los cargos por violación de los artículos 48 y 333 de la Constitución, analizados a la luz del principio *pro actione*, logran generar dudas sobre la constitucionalidad de la disposición demandada. Ciertamente, una lectura conjunta de los argumentos permite a la Sala concluir que el demandante considera que al artículo 52.1 de la ley 1438, (i) en tanto limita la posibilidad de celebrar contratos de pago por capitación y (ii) teniendo en cuenta las ventajas que le atribuye a esta modalidad contractual, desconoce el principio de eficiencia que rige la seguridad social (artículo 48 superior) y supone una restricción injustificada de la libertad de empresa (artículo 333 superior).

No ocurre lo mismo con el cargo por violación de los artículos 49 y 209 de la Constitución, toda vez que el actor se limitó a expresar que las ventajas del contrato son evidentes y que, de otro lado, no hay ninguna justificación para la decisión del Legislador, pero no desarrolló tales afirmaciones. Por tanto, para la Sala este cargo crece de especificidad y suficiencia, razón por la cual no se ocupará de él.

## 2.3. PROBLEMA JURÍDICO

2.3.1. El demandante considera que el artículo 52.1 de la ley 1438 desconoce los artículos 48 y 333 de la Carta, puesto que limita sin justificación la posibilidad de celebrar contratos de pago por capitación entre EPS e IPS. A juicio del demandante, teniendo en cuenta las ventajas de esta modalidad contractual, tal limitación no sólo no tiene justificación, sino que afecta la eficiencia del SGSSS.

Por otra parte, el antiguo Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas y la Universidad del Sinú aseveran que el precepto se ajusta a la Carta, puesto que (i) es una manifestación de las amplias facultades de regulación que la Constitución otorga a Congreso en materia de seguridad social; (ii) no atenta contra el núcleo esencial de la libertad económica; (iii) busca fines constitucionales importantes tales como la mejor utilización de los recursos financieros disponibles y mejorar la prestación de los servicios de salud; y (iv) constituye una medida proporcionada, ya que, de un lado, se orienta a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud y, de otro, no afecta excesivamente la libertad económica de las EPS, pues éstas puede elegir las IPS con las que contratarán, fijar las cláusulas contractuales con sujeción a la normativa vigente, y objetar y glosar las facturas que presenten las IPS.

2.3.2. En este contexto, corresponde a la Sala determinar si el artículo 52.1 de la ley 1438 desconoce los artículos 49 y 333 de la Constitución, en tanto limita la posibilidad de celebrar contratos de pago por capitación entre EPS e IPS o profesionales, esto es, prevé que en adelante solamente se podrá acudir a esta modalidad contractual para los servicios médicos de baja complejidad.

2.3.3. Para resolver este problema, la Sala examinará (i) el alcance de las libertades económicas en la Constitución de 1991, (ii) el alcance de la intervención del Estado en la prestación del servicio de salud, y (iii) los antecedentes del artículo 52.1 de la ley 1438. Con fundamento en estos análisis, se examinará la constitucionalidad de la disposición censurada.

## 2.4. ALCANCES DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

2.4.1. La Constitución de 1991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de

mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333, 334 y 335 constitucionales).<sup>3</sup>

La intervención del Estado en la economía busca entonces conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad.<sup>4</sup> En este sentido, el artículo 334 de la Carta dispone que el Estado intervendrá en la economía para racionalizarla "(...) con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".

2.4.2. Uno de los elementos más importantes de este modelo es el reconocimiento de libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas como "(...) la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"<sup>5</sup>. En este sentido, el artículo 333 de la Constitución dispone que (i) la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, (ii) "[l]a libre competencia es un derecho de todos" y (iii) para el ejercicio de estas libertades "nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley".

La Corte ha sostenido que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia.<sup>6</sup>

La libertad de empresa es la facultad de las personas de "(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia".<sup>7</sup> Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada.<sup>8</sup>

La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones.<sup>9</sup> Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.<sup>10</sup>

Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios.<sup>11</sup>

2.4.3. No obstante, en los términos del artículo 333, las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica "cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público.<sup>12</sup> Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.<sup>13</sup>

Teniendo en cuenta que estas libertades no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, la Corte ha precisado que las libertades económicas pueden ser limitadas.

La limitación de las libertades económicas, así como la intervención del Estado en la economía, puede adoptar distintas modalidades; algunas de ellas fueron expuestas de la siguiente manera en la sentencia C-150 de 2003<sup>14</sup>:

"Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina<sup>15</sup> se habla de intervención estatal global<sup>16</sup>, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad<sup>17</sup>, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa<sup>18</sup>; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas<sup>19</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con su función, la intervención del Estado en la economía también se puede agrupar en diferentes tipos. Algunos doctrinantes<sup>20</sup> distinguen, entonces, tres clases de intervencionismo económico: conformativa, que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos<sup>21</sup>; finalística, que señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos<sup>22</sup>; y condicionante, que propiamente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico<sup>23</sup>. Adicionalmente, según su contenido, los actos de intervención estatal pueden someter a los actores económicos a un régimen de

declaración -un nivel bajo de intervención que sólo exige que los actores económicos presenten a las autoridades determinada información -, un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad, un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita, un régimen de interdicción, que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables, o un régimen de monopolio<sup>24</sup>, mediante el cual el Estado excluye del mercado determinadas actividades económicas, y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley.<sup>25</sup>."

2.4.4. Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. En primer lugar, en virtud de los principios democrático y *pro libertate*, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, es una materia sujeta a reserva de ley, de ahí que el artículo 333 de la Constitución prevé que para el ejercicio de las libertades económicas "nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley" y que "la ley delimitará el alcance de la libertad económica".<sup>26</sup> Esto significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas.<sup>27</sup>

En segundo lugar, por mandato del 189-11 superior, el Ejecutivo puede intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus potestades reglamentaria y de inspección, vigilancia y control.<sup>28</sup> Sin embargo, su participación debe sujetarse a la ley, es decir, ni el reglamento ni las labores de inspección, vigilancia y control pueden ser una fuente autónoma de obligaciones; el Ejecutivo solamente puede llevar a cabo una concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la ley.<sup>29</sup>

La participación del Ejecutivo en la regulación de la economía se encuentra justificada además en la complejidad técnica de los asuntos económicos y en la necesidad de que la regulación sea oportuna, en otras palabras, que se adapte al dinamismo que caracteriza las relaciones económicas.<sup>30</sup>

2.4.5. Sin embargo, el Legislador no goza de absoluta discrecionalidad para limitar estas libertades. Como se indicó en un párrafo anterior, según el artículo 333 constitucional, las libertades económicas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Adicionalmente, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, la Corte ha señalado que cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, y (ii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La definición de cuál es el "núcleo esencial" de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de libertad de empresa, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición<sup>31</sup>; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión<sup>32</sup>; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.

Respecto a cómo evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que limita las libertades económicas, la Corte ha indicado los siguientes criterios:

En primer lugar, la Corte ha expresado que el Legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o en bien que producen o distribuyen, etc.<sup>33</sup>

En segundo lugar, la Corte suele apelar al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido.

En resumen, la libertad de empresa es una garantía que se reconoce a los agentes del mercado en función del interés público que existe en el buen funcionamiento de la economía; por ello la Corte ha señalado que no es un derecho fundamental. En este orden de ideas, la libertad de empresa no puede considerarse como una garantía absoluta; el Legislador puede regularla y restringirla, siempre y cuando no anule sus contenidos básicos y lo haga con sujeción al principio de proporcionalidad.

## 2.5. COMPETENCIA DEL LEGISLADOR PARA REGULAR EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

### 2.5.1. Fundamento de la facultad de regulación

Una de las obligaciones del Estado que se deriva de la faceta de accesibilidad del derecho a la salud es la de crear un sistema que garantice la prestación de los servicios, con características como calidad, oportunidad, continuidad y suficiencia. Con esta finalidad surge el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en la ley 100 de 1993, como un conjunto de reglas, instituciones<sup>34</sup> y procedimientos dirigidos a garantizar la adecuada prestación del servicio público esencial de salud.

El sistema es dirigido, coordinado, vigilado y controlado por el Estado, con el fin de asegurar la realización del derecho a la salud de todos los habitantes de Colombia.<sup>35</sup> En particular, como se explicó en la sentencia T-760 de 2008<sup>36</sup>, el Estado tiene las siguientes funciones dentro del sistema:

"(...) para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) *organizar*, (ii) *dirigir* y (iii) *regular* la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas

para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su *vigilancia* y (vi) *control*; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema."<sup>37</sup>

Estas funciones, como se indicó en la sentencia C-252 de 2010<sup>38</sup>, son desarrollo de la intervención reforzada del Estado que la Constitución exige en materia de salud y "(...) que se dirige a superar la tensión entre el *interés privado* existente en el seno de las empresas y el *interés general* involucrado en tal actividad, máxime cuando se está ante la prestación de un servicio básico para la sociedad que propende por el derecho irrenunciable a la salud que tienen todos los habitantes."<sup>39</sup> Poderes de intervención del Estado que llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación.<sup>40,41</sup> (Negrilla fuera del texto).

En particular, la función de regulación exige al Estado la creación de "(...) las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud"<sup>42</sup>, de modo que incumple su obligación cuando, por ejemplo, (i) "(...) permite que existan vacíos o lagunas en la regulación, que se constituyan en barreras de acceso a los servicios de salud"<sup>43</sup>, o (ii) introduce una regulación, "(...) pero ésta se constituye en un obstáculo al acceso a los servicios de salud"<sup>44</sup>.

Esta función es ejercida por el Congreso y el Gobierno, en particular por el Ministerio de Salud como órgano rector del sector<sup>45</sup>, quienes deben expedir las normas generales que deben guiar las actividades de todos los agentes del sistema.<sup>46</sup> Adicionalmente, en el texto original de la ley 100 se creó el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) como organismo adscrito al Ministerio de Salud, cuyas funciones principales eran dirigir el sistema y definir asuntos como (i) el contenido del POS y POS-S, (ii) el valor de las cotizaciones, de las Unidades de Pago por Capitación (UPC) y de la afiliación de los beneficiarios del régimen subsidiado, (iii) los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado, (iv) el régimen de pagos compartidos, entre otros.<sup>47</sup> El CNSSS fue reemplazado en la mayoría de sus funciones por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), creada por el artículo 3 de la ley 1122 de 2007.

#### 2.5.2. La posibilidad de limitar las libertades económicas de los agentes del SGSSS

Ahora bien, en ejercicio de esta función de regulación y en virtud del poder de intervención del Estado en la economía, es posible la restricción de las libertades económicas de los agentes del sistema, por su puesto siempre y cuando no se anulen sus contenidos básicos y con sujeción al principio de proporcionalidad –como se señaló en apartes previos. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el poder de regulación de las libertades económicas en el ámbito del SGSSS es reforzado, en vista del interés público que reviste el servicio y su relación con la realización de varios derechos fundamentales.

Por ejemplo, en la sentencia C-616 de 2001<sup>48</sup>, al examinar una demanda contra distintas expresiones de los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la ley 100 que permiten a las EPS prestar los servicios del POS por intermedio de sus propias IPS<sup>49</sup>, la Corte recordó que "(...) el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social." Además, recordó que el alcance de la competencia para regular e intervenir en el SGSSS es mayor en vista de su importancia para la realización de varios derechos fundamentales y el principio de Estado Social de Derecho.<sup>50</sup> Sin embargo, en el caso concreto, la Sala Plena concluyó que los preceptos demandados no vulneraban la Carta, pues el legislador tiene libertad para configurar el sistema y, en este caso, no se advertía que su decisión condujera a prácticas contrarias a los principios de la seguridad social, entre otras razones, porque el sistema cuenta con mecanismos para controlar prácticas contrarias a la libre competencia.<sup>51</sup>

Luego, en la sentencia C-130 de 2004<sup>52</sup>, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 127 de la ley 812 de 2003, en el que se disponía de las nuevas administradoras del régimen subsidiado (ARS), deberían ser personas públicas y/o personas sin ánimo de lucro, la Corte recordó que es posible establecer limitaciones a la libertad económica en el marco del sistema de salud en virtud del principio de solidaridad y con el fin de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud y "asegurar que todas las personas, en especial las de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos", como los que se proveen por medio del sistema. En el caso concreto, la Sala Plena estimó que el impedir que las ARS se constituyeran con ánimo de lucro, era una limitación razonable de la libertad económica, ya que, "(...) (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley; (ii) respeta el '*núcleo esencial*' de la libertad de empresa; (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato" (citas eliminadas). Por estas razones, se declaró al exequibilidad del precepto.<sup>53</sup>

En materia de libertades contractuales, la Corte ha reconocido una amplia libertad de configuración del legislador con miras a garantizar la adecuada prestación del servicio y la efectividad del derecho a la salud. Así, en la sentencia C-260 de 2008<sup>54</sup>, al examinar una demanda contra el artículo 173 de la ley 1122 sobre condiciones para la celebración de contratos –la demanda se dirigía específicamente a la previsión sobre la forma de pago en contratos diferentes al de capitación<sup>55</sup>, la Corte recordó que el legislador tiene un poder más intenso de intervención en el sistema de salud y de regulación de las libertades económicas de sus agentes, con miras a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. En ese contexto, en el caso concreto, consideró que la regulación de la forma de pago en los contratos diferentes al de capitación no desconoce la Carta, ya que, de un lado, persigue una finalidad legítima: mejorar el flujo de recursos hacia las IPS para que éstas, a su vez, mejoren la calidad de sus servicios<sup>56</sup> y, de otro, es proporcionada en estricto sentido, ya que:

"(...) se trata de una medida que efectivamente protege los derechos de los usuarios, al garantizar un flujo continuo de recursos para los



prestadores de servicios de salud, sin afectar excesivamente la libertad económica de las Entidades Promotoras de Salud, ya que estas pueden en todo caso, (a) elegir las IPS con las que contratan, (b) escoger la modalidad de contratación, (c) fijar cláusulas que busquen asegurar que el costo de los servicios facturados sea real y (d) objetar y glosar las facturas que presenten las IPS, entre otros. Además, (e) el pago del saldo está sujeto al flujo de recursos desde las entidades territoriales hacia las EPS, en el régimen subsidiado." (Citas suprimidas)

Posteriormente, en la sentencia C-675 de 2008<sup>57</sup>, la Corte nuevamente se ocupó de una materia similar: la obligación que el artículo 13 de la ley 1122 establece en cabeza de las EPS de pagar a las IPS mes anticipado el 100% del valor del contrato cuando optan por la modalidad de pago por capitación. En esta oportunidad, después de reiterar que la intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud puede revestir un alto grado de intensidad, la Corporación sostuvo que la medida no es desproporcionada, pues (i) no anula los contenidos básicos de la libertad de empresa, (ii) es una obligación acorde con la naturaleza del contrato de pago por capitación, (iii) persigue finalidades legítimas a la luz de la Carta, como asegurar el flujo oportuno de recursos a las IPS con el fin de asegurar la adecuada prestación de los servicios médicos, y (iv) se vale de un mecanismo idóneo que asegura el flujo de los recursos. Por esta razón, entre otras, declaró exequible el precepto. La Corte sostuvo lo siguiente en relación con la obligación del Legislador de adoptar todas las medidas conducentes para garantizar la adecuada prestación el servicio de salud:

"Todas las finalidades mencionadas son no sólo deseables sino imperativas. En efecto, la Constitución le impone al legislador adoptar todas las medidas que resulten conducentes para mejorar el acceso y la calidad de los servicios de salud. En este sentido, la norma hace parte de una ley que introduce una reforma más estructural al sector salud, con el objetivo de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios del sistema (artículo 1 de la Ley 1122 de 2007). Este no es sólo un motivo suficiente para que el estado intervenga, sino que es un fin del Estado (artículo 2 de la Constitución) y una obligación en el ámbito de la salud (artículo 49 y 365 de la Constitución). En consecuencia, como ya se mencionó, la finalidad de la disposición no sólo es legítima, sino que resulta acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en la Carta y con la protección del derecho a la salud (CN art.49)" (citas eliminadas).

## 2.6. CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN DEMANDADA

### 2.6.1. Definición de contrato por capitación

El artículo 179 de la ley 100 dispone que las EPS, para garantizar el POS a sus afiliados, prestaran directamente los servicios o los contratarán con IPS y profesionales. A continuación, señala que para racionalizar la demanda por servicios, las EPS "(...) podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos." En este orden de ideas, una de las modalidades bajo las cuales las EPS pueden contratar la prestación de servicios a sus afiliados con las IPS es el pago por capitación.

Según el literal a) del artículo 4 del decreto 4747 de 2007, el pago por capitación consiste en:

"a) Pago por capitación: Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas."<sup>58</sup>

En resumen, el contrato de pago por capitación se caracteriza por (i) el pago anticipado de una suma fija por persona a la IPS, (ii) la definición de antemano de grupo de servicios que la IPS debe garantizar a los afiliados cobijados por el contrato, y (iii) un tiempo determinado durante el cual la IPS presta los servicios preestablecidos.

### 2.6.2. Antecedentes y contenido de la disposición demandada

En un comienzo, de conformidad con el artículo 179 de la ley 100, la contratación por capitación no estaba limitada a ningún nivel de complejidad. Sin embargo, debido a las consecuencias que ello trajo en términos de calidad del servicio y traslado del riesgo, desde el año 1997, el Gobierno y el Congreso han venido implementando medidas para limitar los servicios y las condiciones bajo las cuales las EPS e IPS pueden celebrar estos contratos, con el ánimo de evitar (i) que las EPS trasladen a las IPS sus responsabilidades en materia de gestión del riesgo y, por esta vía, (ii) que los pacientes no reciban los servicios requeridos de forma oportuna, especialmente cuando las IPS los remiten a otras instituciones o profesionales con quienes subcontratan, o adoptan prácticas ilegales destinadas a desincentivar la demanda de servicios.

2.6.2.1. Así, por medio del artículo 6 del decreto 723 de 1997, el Gobierno dispuso que dicho contrato debería sujetarse a las siguientes reglas:

"a) En ningún caso los contratos por capitación podrán implicar el traslado de las responsabilidades que por ley les corresponden a las entidades promotoras de salud, tales como el control de la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad de los servicios, y la garantía de libre acceso y escogencia de los afiliados a los distintos prestadores de servicios.

b) Las entidades promotoras de salud no contratarán con instituciones de prestación de servicios que no certifiquen su capacidad real de resolución en la que se haga siempre efectiva la oportunidad y calidad de la atención brindada al usuario.

c) En el contrato deberá especificarse con toda claridad cuáles son los servicios, programas, metas y coberturas pactadas que conforman el objeto de la capitación.

d) La entidad promotora de salud deberá disponer de instrumentos permanentes para atender las quejas y reclamos de los afiliados en el municipio sede del prestador de servicios de salud contratado y en los municipios donde residan los afiliados involucrados en el contrato por

capitación, con el fin de garantizar y exigir ante la prestadora de servicios la oportuna y adecuada atención. De igual manera las instituciones prestadoras de servicios de salud, deberán disponer de un mecanismo de atención al usuario con el mismo propósito.

e) Los contratos deberán sujetarse a los criterios de calidad y oportunidad y deberán tener en consideración la facilidad de acceso del afiliado a una institución prestadora de servicios de salud. Cuando la oferta y las condiciones de mercado lo permitan, deberá garantizarse un número plural de opciones y como mínimo una opción en el municipio en donde reside el afiliado o en el lugar más cercano."

2.6.2.2. Luego, el artículo 41 del decreto 050 de 2003, además de reiterar que los contratos de pago por capitación que celebraran las EPS "(...) no las relevan de la responsabilidad de garantizar la adecuada prestación del servicio en su función de aseguramiento, frente al usuario y frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud", estableció las siguientes reglas: (i) exigió a las EPS señalar expresamente en el contrato los servicios que serían prestados en forma directa por el contratista y aquellos que de manera excepcional se prestarían por remisión a terceros; (ii) les impuso la obligación de "requerir, con la periodicidad que determine el Ministerio de Salud, la información sobre los servicios prestados en cuanto a patologías y frecuencias" y, en todo caso, requerir dicha información "con la misma periodicidad con la que procesa su información cuando contrata por servicio prestado"; y (iii) les prohibió "(...) contratar por capitación la totalidad de los servicios de más de dos niveles de atención con una misma institución prestadora de servicios de salud."

2.6.2.3. Con el propósito de impedir la intermediación en la prestación de los servicios del POS, el artículo 6 del decreto 515 de 2004 agregó la siguiente prohibición:

"Parágrafo. Se entiende prohibida toda clase de práctica que genere mecanismos de intermediación entre las ARS y los prestadores de servicios de salud, esto es, la contratación que realice una ARS con una institución o persona natural o jurídica para que esta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios o de subcontratarla, trasladándole los costos de administración, y reduciendo el pago que por salud debe reconocer a quienes conforman la red de prestadores de servicios de salud de la ARS, esto, es al prestador primario habilitado. La práctica de estos mecanismos de intermediación impedirá la habilitación de la ARS."

2.6.2.4. El literal d) del artículo 13 de la ley 1122<sup>59</sup> estableció además que el pago de los servicios contratados por capitación debe realizarse mes anticipado en un 100% y facultó al Gobierno para reglamentar la materia.<sup>60</sup>

2.6.2.5. Posteriormente, el artículo 7 del decreto 4747 de 2007 especificó también que, además de los contenidos mínimos señalados en el artículo 6 *ibidem*<sup>61</sup>, el contrato por capitación debe contener la siguiente información: (i) la identificación de los usuarios cubiertos; (ii) el perfil epidemiológico de la población cobijada; (iii) el monto que debe ser pagado por cada persona con derecho a ser atendida en un periodo determinado; (iv) la identificación de las actividades procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos incluidos en la capitación; (v) las metas de cobertura, resolutiveidad y oportunidad en la atención según la normativa vigente; (vi) las condiciones de ajuste en el precio asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago; (vii) las condiciones para el reemplazo de personas cubiertas por el acuerdo de voluntades, asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago.

Para evitar que los servicios contratados por capitación sean prestados por operadores diferentes a la IPS con la que se celebra el respectivo acuerdo de voluntades, el parágrafo 1º del artículo 7 señaló de forma tajante lo que sigue:

"Las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos incluidos en la capitación deben ser prestados o suministrados directamente por el prestador de servicios de salud contratado. Si las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, contratados por capitación son prestados o suministrados por otro prestador, por remisión de la institución prestadora o en caso de urgencias, la entidad responsable del pago cancelará su importe a quien haya prestado el servicio, y podrá previa información descontar el valor de la atención." (Negrilla fuera del texto)

A su turno, el parágrafo 2 del mismo artículo 7 precisó que el mecanismo de pago por capitación "(...) no genera en ningún caso la transferencia de las obligaciones propias del aseguramiento a cargo exclusivo de las entidades responsables de cubrir el riesgo en salud", en otras palabras, que en virtud de estos acuerdos de voluntades, las EPS no pueden trasladar las obligaciones propias del aseguramiento a las IPS.

2.6.2.6. En concordancia, en el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas contenido en el anexo técnico No. 6 de la resolución 3047 de 2008, se señalaron las siguientes causales de glosa<sup>62</sup> en la facturación de los contratos de pago por capitación: (i) glosa por "[r]ecobro en contrato de capitación por servicios prestados por otro prestador", que presenta cuando "(...) se realizan descuentos al valor a pagar por concepto de capitación, originados en los pagos de servicios incluidos en el contrato de capitación y que por motivo de atención de urgencias, remisión de la IPS contratista o imposibilidad de prestarlo, el servicio es efectivamente prestado por otro prestador", y (ii) glosa por "[d]isminución en el número de personas incluidas en la capitación", que se presenta cuando "(...) el número de personas incluidas en la capitación es disminuido porque una autoridad competente excluye a algunas de las personas de la base de datos de beneficiarios de subsidios."

2.6.2.7. Luego, mediante la resolución 416 de 2009, el entonces Ministerio de la Protección Social (i) precisó que las glosas por facturación se presentan en los contratos por capitación cuando hay (a) descuentos por concepto de recobros por servicios prestados por otro operador, (b) disminución del número de personas cubiertas por la cápita y (c) descuento por el incumplimiento de las metas de cobertura, oportunidad y resolutiveidad pactadas en el contrato de capitación; e (ii) introdujo una nueva razón de glosa en relación con la facturación en los contratos de capitación: glosa por "[i]ncumplimiento en las metas pactadas en cobertura, resolutiveidad y oportunidad", que se "[a]plica cuando el prestador incumple o no demuestra el cumplimiento en las metas pactadas en cobertura, oportunidad y resolutiveidad pactadas en el contrato por capitación."

2.6.2.8. Mediante de la resolución 3253 de 2009, se establecieron "(...) los principios generales y los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta para definir, hacer seguimiento y evaluar las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad, en los acuerdos de voluntades mediante el mecanismo de pago por capitación" (artículo 1º)<sup>63</sup>. Tales principios fueron definidos así:

"1. La definición de las metas debe basarse en la concertación entre las partes, fundamentada en la mejor evidencia científica, técnica y administrativa disponible y, teniendo en cuenta los servicios habilitados en la institución prestadora de servicios de salud, las características propias de la población objeto del contrato y los lineamientos que se definen en la presente resolución.

2. Las metas que se definan podrán ser progresivas y su evaluación se podrá hacer dentro de los rangos que se concerten entre las partes, buscando asegurar la integralidad, continuidad, oportunidad, calidad y accesibilidad en la atención, teniendo en cuenta las características propias de la población a las que se refieren las metas."

Esta resolución también fijó lineamientos para determinar las metas de cobertura, oportunidad y resolutivez, y para hacerles seguimiento.

2.6.2.9. Con el ánimo de asegurar el apropiado flujo de recursos del sistema salud y después de que por medio del decreto legislativo 4975 de 2009 se declarara estado de emergencia social por la crisis financiera del SGSSS, el Gobierno expidió el decreto legislativo 133 de 2010, en cuyo artículo 2 limitó aún más esta modalidad contractual y estableció las siguientes reglas:

"a) Solo se podrán realizar acuerdos de voluntades por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad;

b) Se excluyen de los acuerdos de voluntades por el mecanismo de pago por capitación las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que deben hacerse bajo un esquema de inducción de la demanda, de acuerdo con la normatividad vigente;

c) Se establecerán indicadores que permitan el adecuado seguimiento a los acuerdos de voluntades y al cumplimiento de las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención que se establezcan en los mismos, de acuerdo con la normatividad expedida por el Ministerio de la Protección Social;" (negrilla fuera del texto).

2.6.2.10. Después de que los decretos legislativos 4975 de 2009 y 133 de 2010 fueran declarados inexequibles en las sentencias C-252 de 2010 y C-255 de 2010, respectivamente, mediante el proyecto de ley 01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara, el Gobierno intentó nuevamente limitar la modalidad de contratación de pago por capitación. Así, el artículo 81 del proyecto de ley presentado ante el Senado propuso inicialmente que el contrato de pago por capitación se limitara a los servicios de mediana y baja complejidad.<sup>64</sup> A su turno, el parágrafo 4 del artículo 87 del proyecto propuso reiterar al regla de que la contratación de IPS no exime a la EPS de las funciones indelegables del aseguramiento contenidas en el artículo 14 de la ley 1122.

En el trámite del proyecto se reiteró la preocupación por impedir que a través del contrato de pago por capitación, las EPS transfieran la responsabilidad de aseguramiento a las IPS y se generen obstáculos para el acceso efectivo a los servicios. En este sentido, en la ponencia para primer debate conjunto, los ponentes aseguraron<sup>65</sup>:

"Dentro de la política de prestación de servicios de salud que adelanta el Gobierno Nacional se considera importante generar reglas que le permitan mejorar las condiciones de accesibilidad, calidad, oportunidad en la prestación de los servicios, con eficiencia en el uso de los recursos y sostenibilidad de las instituciones y satisfacción del usuario.

Para tal fin, se proponen un conjunto de artículos que regulan las condiciones aplicables a los contratos por capitación, de manera que este mecanismo de pago no implique la transferencia del riesgo a los prestadores, ni genere barreras de acceso a los usuarios. Por lo anterior, se restringe la aplicación de este mecanismo solamente a la prestación de servicios de baja complejidad, quedando por fuera de manera implícita los servicios de mediana y alta complejidad, ya que estos son menos predecibles en su frecuencia y costo lo cual conlleva mayor posibilidad de transferencia del riesgo hacia los prestadores y el desborde de los costos asociados. La propuesta limita la capitación en actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que deben hacerse bajo un esquema de inducción de la demanda, con el fin de incentivar este tipo de acciones como elementos centrales de la estrategia de atención primaria en salud.

El proyecto busca hacer más expedito el flujo de los recursos. Ante las dificultades observadas en el pago de los servicios por parte de las EPS a las IPS. Pese a la normatividad que regula esta relación, los problemas persisten (...)"<sup>66</sup>(negrilla fuera del texto).

Como se puede aceptar, los ponentes que suscribieron el informe para primer debate propusieron limitar el contrato a solamente los servicios de baja complejidad.<sup>67</sup> Con esta modificación, el texto fue aprobado en sesión del 25 de noviembre de 2010, en primer debate conjunto.<sup>68</sup> El texto fue presentado a segundo debate sin nuevas propuestas y aprobado en segundo debate sin novedad.

2.6.2.11. Este proyecto se convirtió en la ley 1438, cuyo artículo 52.1 dispuso:

"ARTÍCULO 52. *CONTRATACIÓN POR CAPITACIÓN*. Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.

52.2 La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo.

52.3 La contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, se deberá hacer con fundamento en indicadores y evaluación de resultados en salud.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Se podrá hacer contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, sobre la base de indicadores de resultados basados en la estrategia de Atención Primaria en Salud y rendición pública de cuentas, hasta el año 2013."

2.6.2.12. Ahora bien, según el acuerdo 008 de 2009 de la CRES, existe tres niveles de complejidad de los procedimientos e intervenciones del POS: complejidad alta o de nivel 3, mediana o de nivel 2 y baja o de nivel 1. Como explicó el entonces Ministerio de la Protección Social, los niveles de complejidad se determinan de acuerdo con los recursos humanos y tecnológicos que se requieren para la prestación del plan de beneficios. Son tratamientos de nivel 3, por ejemplo, los de alto costo, es decir, según el artículo 53 ibídem, aquellos "(...) representan una alta complejidad técnica en su manejo, costo elevado y baja ocurrencia". Por otro lado, de conformidad con el artículo 46 ibídem, son de baja complejidad las "(...) prestaciones asistenciales o servicios en salud, que las EPS deben garantizar de manera permanente en el municipio de residencia de los afiliados, en su defecto con la mayor accesibilidad geográfica posible, mediante el diseño y organización de la red de prestación de servicios de salud". Al respecto, el Ministerio explicó:

"(...) baja complejidad son aquellos servicios que se prestan con el concurso del equipo básico de salud integrado por médicos generales, odontólogos generales, enfermeros profesionales, bacteriólogos, nutricionistas, personal auxiliar, y utiliza tecnología básica. Se considera en la literatura mundial, que debe ser responsable de mantener y promover la salud, prevenir la enfermedad y resolver el 70 al 80% de los problemas de salud de la comunidad. Los servicios de mediana complejidad incluyen las especialidades básicas: medicina interna, pediatría, ginecobstetricia, cirugía general y anestesiología, así dotación de equipamiento medico que permite la realización de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos por esos especialistas. En el tercer nivel ya se disponen de subespecialidades como, neurocirugía, neurología, cirugía cardiovascular, cardiología, neumología, gastroenterología, hepatología, urología, nefrología, etc. y la dotación de equipamiento medico y de laboratorio es de alta tecnología."<sup>69</sup>

Estos niveles de complejidad son definidos con detalle en el anexo técnico No. 2 del acuerdo 008 de 2009 de la CRES.

Este orden de ideas, con la introducción del precepto demandado, los contratos de pago por capitación ahora solamente pueden realizarse para la prestación de servicios de baja complejidad, es decir, aquellos servicios que se prestan con el concurso del equipo básico de salud.

### 2.6.3. Razones de la reforma

2.6.3.1. El antiguo Ministerio de la Protección Social aseveró que las limitaciones descritas en el acápite anterior han buscado que las EPS no trasladen a las IPS sus responsabilidades en materia de gestión del riesgo y que la subcontratación se convirtiera en un nuevo eslabón del aseguramiento o en un mecanismo de intermediación que conduzca (i) a la reducción de los recursos que deben ir a la prestación del POS y (ii) al traslado de los costos de administración del sistema a las IPS. Al respecto, el Ministerio expresó lo siguiente en respuesta a las preguntas formuladas por esta Corporación:

"(...) Es indudable que el Sistema concebido en la Ley 100 de 1993 parte de la base de una diferenciación clara entre IPS y EPS que en ningún momento pueden llegar a confundirse o mutar, en dado caso, en otro operador en virtud de la contratación. No se pierde de vista que, para el caso de las EPS, se requiere una autorización de funcionamiento, en la cual se deben cumplir una serie de requerimientos. Por lo anterior, es preciso entender el sentido de la subcontratación excepcional de servicios por parte de la IPS, dirigido a las situaciones fortuitas en las cuales las instituciones prestadoras de servicios de salud no pueden asumir temporalmente obligaciones adquiridas respecto a servicios habilitados y no al cobro de administración de los subcontratos, porque estaríamos frente a una irregularidad".

La entidad también aseguró que para evitar las consecuencias negativas que ha traído la transferencia del aseguramiento de la EPS a la IPS, en especial respecto de servicios de mediana y alta complejidad, se introdujo el artículo 53 de la ley 1438, el cual dispone:

"ARTÍCULO 53. *PROHIBICIÓN DE LIMITACIONES AL ACCESO*. Están prohibidos aquellos mecanismos de pago, de contratación de servicios, acuerdos o políticas internas que limiten el acceso al servicio de salud o que restrinjan su continuidad, oportunidad, calidad o que propicien la fragmentación en la atención de los usuarios."

Finalmente, indicó que la contratación por capitación ha dado lugar a múltiples distorsiones, como las siguientes:

- "a. Las EPS imponían tarifas en la contratación por capitación que no correspondía con el costo de producción de los servicios de las IPS.
- b. No se suscribía el contrato mediante la metodología de concertación definida en la Resolución 3253 de 2008.
- c. Las entidades responsables del pago, expresaban la baja gestión de parte de los prestadores, en cuanto a coberturas, resolutivez y oportunidades de atención.
- d. Implicaba restricciones en el acceso a servicios prioritarios por parte de los prestadores de servicios de salud como mecanismo de control del gasto.
- e. Inducía una baja ejecución de actividades de protección específica y prevención de la enfermedad que impacta directamente en la frecuencia

de patologías de alto costo y deterioran los indicadores de salud de la población.

f. Así mismo, la contratación por capitación de actividades de mediana y alta complejidad, por tratarse de servicios de menor frecuencia y con baja predictibilidad, aumentan el riesgo financiero para las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, lo cual, genera la posibilidad de quiebras y cierres de dichas instituciones.

g. En el conflicto de prestadores y aseguradores, quienes cargaban con las consecuencias de dichas diferencias, eran los afiliados, puesto que el prestador respondía generando listas de espera con tiempos prolongados e incluso negando el acceso a los servicios, especialmente de medicina especializada y de alto costo.

h. Contratar los servicios de alto costo por capitación, se constituye en un factor de riesgo, ya que el prestador buscará controlar el gasto para lo cual podría negar los servicios imponiendo barreras de acceso. No se requiere mayor análisis para suponer que un prestador que cuenta con una cama disponible de Unidad de Cuidados Intensivos, y recibe simultáneamente dos solicitudes para su uso, estará inclinado a asignarla a aquella entidad con quien el contrato es por una modalidad que genere un ingreso adicional y no aquella que entidad (sic) que contrató por capitación y de la cual no sólo no obtendrá ingreso adicional, sino que deberá asumir el costo adicional que se genera con la atención a un paciente de alto costo, razón por lo que la ley dispuso que ellos deberían ser reasegurados o que las EPS debieran hacer provisiones directamente para asumir el impacto financiero de tales servicios, el cual no se ve reflejado en el ingreso a la IPS en el contrato por capitación. Así las cosas contratar los servicios de alto costo por capitación, se constituye en una contradicción a la propia definición de servicios de alto costo.

i. Con la misma lógica, los costos de las cirugías de segundo y tercer nivel o las hospitalizaciones de estos niveles de complejidad, al contratarlos por capitación tienen un incentivo negativo para el prestador quien estará tentado a generar barreras de acceso para reducir los costos.

j. El nicho natural de contrato por capitación debe estar alrededor de los servicios de baja complejidad para la atención curativa, ya que por su sencillez y bajo costo, representan una oportunidad para el Hospital de disminuir costos administrativos en cuanto a facturación y no se asumen riesgos financieros que pueden inducir a la generación de barreras de acceso por parte del prestador, obteniendo además el beneficio de pago anticipado. Incluso para este tipo de servicios la Ley exige que esta modalidad sólo podrá ser usada, si las partes están en capacidad de generar y reportar la información de los servicios prestados con calidad y oportunidad."<sup>70</sup>

2.6.3.2. Por otra parte, la Superintendencia Nacional de Salud y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas explicaron de la siguiente forma las razones por las cuales era necesario limitar el contrato de pago por capitación a los servicios de baja complejidad, con el fin de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud:

En primer lugar, indicaron que esta modalidad contractual demanda un amplio conocimiento de las características de la población atendida, para poder calcular la demanda de servicios y, así, el costo por usuario. En consecuencia, en tanto dicha información solamente está disponible para los servicios médicos de baja complejidad, es importante restringir la posibilidad de celebrar el contrato para cobijar solamente estos servicios, con el fin evitar el traslado de la administración del riesgo a las IPS.

En segundo lugar, señalaron que al reservar estos contratos para los servicios de baja complejidad, se crea un incentivo para que las IPS adelanten labores de prevención y promoción con el fin de evitar riesgos y disminuir la demanda de servicios y, así, incrementar sus utilidades.

En tercer lugar, aseguraron que, en la práctica, cuando las EPS celebran este tipo de acuerdos de voluntades, no tienen en cuenta los servicios que la respectiva IPS ofrece y tiene habilitados -usualmente de baja complejidad, lo que ha llevado a que las IPS subcontraten los servicios más complejos con otras IPS o profesionales. Sostienen que esta práctica, además de estar prohibida, causa dilación en la prestación del servicio e incluso su negación.

Por último, explicaron que, en la práctica, dada la ausencia de información sobre las características de la población a atender, se pactan precios que no cubren la totalidad de los costos en los que deben incurrir las IPS, especialmente para suministrar servicios de media y alta complejidad. Como consecuencia, las IPS acuden a estrategias que atentan contra el derecho a la salud de los afiliados, tales como largos tiempos de espera para las citas médicas, con el fin de incentivar la contratación de servicios médicos privados o simplemente permitir que desaparezca la sintomatología. Indican que esta práctica además puede poner en riesgo la estabilidad financiera de las IPS y llevar a su cierre, en perjuicio del principio de libre escogencia.

2.6.4. Como ya se mencionó, estos argumentos también estuvieron presentes en el debate legislativo, en el que se reiteró que era necesario limitar el contrato a los servicios de baja complejidad para (i) evitar la transferencia de responsabilidades en materia de aseguramiento de las EPS a las IPS, (ii) eliminar barreras de acceso a los servicios de mediana y alta complejidad y (iii) asegurar el adecuado flujo de recursos hacia las IPS.<sup>71</sup>

## 2.7. EL ARTÍCULO 52.1 DE LA LEY 1438 NO DESCONOCE LOS ARTÍCULOS 49 Y 333 SUPERIORES

De conformidad con las consideraciones anteriores, la Sala observa que el precepto demandado se ajusta a la Carta, por las siguientes razones: en primer lugar, si bien es cierto implica una limitación de la libertad de empresa de las EPS e IPS, se trata de una limitación proporcionada en los términos de la jurisprudencia constitucional; y en segundo lugar, en lugar de afectar la eficiencia del sistema, la promueve. Las premisas de estas conclusiones son desarrolladas a continuación:

2.7.1. Como se indicó en apartes previos, el Legislador no solamente goza de libertad para configurar el SGSSS, sino que además tiene un deber reforzado de intervención con el fin de asegurar que el sistema cumpla con su objetivo de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. En

virtud de estas competencias, el Legislador debe establecer las condiciones bajo las cuales los particulares pueden participar en la operación del sistema y, por esta vía, puede limitar sus libertades económicas, por su puesto siempre y cuando no anule sus contenidos básicos y lo haga con sujeción al principio de proporcionalidad.

En este caso, la Sala observa que si bien es cierto por medio del artículo 52.1 el Legislador limitó la libertad económica de las EPS e IPS, especialmente su libertad contractual, en tanto dispone que en adelante solamente podrán celebrar contratos de pago por capitación en relación con servicios médicos de baja complejidad, dicha limitación es proporcionada, por las siguientes razones:

En primer término, de conformidad con las consideraciones previas, la medida contenida en el precepto acusado es idónea, pues, de un lado, se dirige a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, es decir, un fin no solamente importante sino imperioso a la luz de la Constitución, y, de otro, emplea un medio adecuado para el efecto.

Ciertamente, la medida (i) busca que evitar que mediante la celebración de este tipo de contratos, las EPS trasladen a las IPS la gestión del riesgo, en particular respecto de los servicios de los niveles medio y alto de complejidad, y de esta manera aumenten de costos de administración del sistema. (ii) Por esta misma vía, persigue la adecuada, eficiente y oportuna prestación de los servicios médicos tanto de baja complejidad, como de mediana y alta. En el caso de los servicios de mediana y alta complejidad, mediante la prohibición de su contratación por la modalidad de pago por capitación, con el fin de impedir la subcontratación no necesaria y evitar prácticas lesivas de los derechos de los pacientes, tales como la dilación en la asignación de citas con especialistas o la negación del servicio. Respecto de los servicios de baja complejidad, mediante la promoción de precisamente esta modalidad contractual, la cual ha demostrado ser muy útil para estos casos, ya que incentiva a las IPS a realizar actividades de promoción y prevención para disminuir la demanda de servicios. (iii) También se dirige a preservar la estabilidad financiera de las IPS y, de esta manera, a asegurar la pluralidad de oferentes de servicios médicos –requisito para la realización del principio de libre elección, debido a que evita que las IPS asuman costos de servicios médicos de media y alta complejidad que no fueron previstos en el contrato original.

Por otra parte, el medio elegido por el Legislador es apropiado, pues impide que en lo sucesivo el contrato de pago por capitación se celebre para los servicios médicos para los que no fue diseñado.

En segundo término, la medida es necesaria, puesto que, según la información suministrada por el antiguo Ministerio de la Protección Social, las medidas de control que se habían adoptado previamente no mostraron resultados definitivos en la disminución de las malas prácticas asociadas a esta modalidad contractual.

En tercer término, la medida es proporcionada en estricto sentido, ya que, de un lado, contribuye a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, así como los principios de eficacia y eficiencia que rigen la seguridad social; y, de otro, si bien limita la libertad de empresa, no anula sus contenidos básicos. En efecto, la medida no establece un trato discriminatorio entre competidores que se hallen en la misma situación; tampoco limita el derechos de las EPS e IPS a concurrir al mercado de servicios de salud; no implica una intromisión en los asuntos internos de la organización; si bien limita sus métodos de gestión, no le impide la ejecución del objeto social; y tampoco impide a las EPS e IPS obtener un beneficio económico razonable por el ejercicio de sus actividades.

2.7.2. En relación con el cargo de violación del principio de eficiencia, la Sala encuentra que tampoco es de recibo, pues por las razones antes expuestas, la medida contenida en el precepto acusado, lejos de afectar la eficiencia del SGSSS, la promueve. En este punto es importante resaltar que la eficiencia en materia de salud no puede valorarse solamente en términos económicos, sino que exige un examen de los resultados en términos de los contenidos del derecho fundamental a la salud.

### 3. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011, por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

*Ausente con permiso*

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup> "Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda."

<sup>2</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>3</sup> Ver sentencias C-865 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; y C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En la sentencia C-865 de 2004, la Corte definió la "economía social de mercado", como el modelo "(...) según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación". En el mismo sentido, en la sentencia C-228 de 2010, la Corporación afirmó: "Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de *economía social de mercado*, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general." Sobre el fundamento de este modelo, la Corte en la sentencia C-352 de 2009 explicó: "(...)el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal".

<sup>4</sup> Ver sentencias C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>5</sup> Cfr. sentencia T-425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>6</sup> Ver sentencias C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas, Hernández; C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; entre otras.

<sup>7</sup> Cfr. sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>8</sup> Ver sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>9</sup> Ver sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>10</sup> Ver sentencias C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>11</sup> Ver sentencias C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>12</sup> Ver sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>13</sup> Ver sentencias SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>14</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>15</sup> Pierre Delvolvé. *Droit Public de l'Economie*. Dalloz, París, 1998, p.17 y ss.

<sup>16</sup> Por ejemplo, el presupuesto (consagrado en los artículos 345 y ss de la C.P.), que es anual, tiene la misión de concretar la política fiscal de la nación o de las entidades territoriales, según el caso. El gasto público es un poderoso instrumento de intervención pues determina la utilización de los recursos del Estado, modifica el nivel de ingreso de las diferentes personas que componen la sociedad y define las áreas de inversión de los dineros públicos, lo cual influye en el comportamiento de los actores económicos. Sobre este tema, puede consultarse la Sentencia C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; A.V. Álvaro Tafur Galvis; S.V. M.P.s Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández), en la cual se estudió la jurisprudencia proferida por la Corte sobre este instrumento de intervención.

<sup>17</sup> En el ámbito sectorial, el Estado puede también tratar de modificar los hábitos de consumo de los actores económicos, como sucede, por ejemplo, con las normas que establecen tarifas impositivas particularmente bajas sobre los libros o los espectáculos culturales para incentivar su consumo o las que establecen tarifas impositivas altas a productos como el tabaco o el alcohol para desincentivarlo. Las políticas crediticias o de capacitación para el desarrollo de ciertas actividades dentro de un sector, también pertenecen a esta categoría.

<sup>18</sup> Por ejemplo, la figura de la toma de posesión de una empresa, de acuerdo con las normas vigentes.

<sup>19</sup> El Estado puede crear una empresa bajo la forma definida en la ley. En efecto, la Constitución prevé que la Nación y las entidades territoriales realicen actividades empresariales según las decisiones políticas que adopten los respectivos órganos de representación. Así, el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso "crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta"; el numeral 7° del artículo 300 Superior señala que corresponde a las asambleas departamentales crear "las empresas industriales y comerciales del departamento y autorizar la formación sociedades de economía mixta"; y el numeral 6° del artículo 313 de la Carta prevé que corresponde a los concejos distritales o municipales "crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta".

<sup>20</sup> Sabino Cassesse. *La Nuova Costituzione economica*. Editori Laterza, Roma, 1995, p.12 y ss.

<sup>21</sup> En efecto, como ya se indicó, la intervención del Estado se manifiesta incluso desde el momento en que éste fija las reglas relativas a la propiedad, los contratos y la responsabilidad contractual y extracontractual pues determina el alcance de los derechos y los poderes, responsabilidades y obligaciones que implica su ejercicio. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-265 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de una norma relativa a las características que debían observar las sociedades de gestión colectiva. La Corte analizó el alcance de los derechos de los particulares según el tipo de asociación que eligen para el ejercicio de su libre iniciativa.

<sup>22</sup> Por ejemplo, el plan nacional de desarrollo (consagrado en los artículos 339 y ss de la C.P.), que es cuatrienal, tiene la función de señalar "los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno" y de contener "los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución" (art. 339 de la C.P.). Un resumen de la jurisprudencia de esta Corporación proferida hasta entonces respecto del plan de desarrollo puede encontrarse en la Sentencia C-557 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), por medio de la cual se declaró la inexecutable de la Ley 508 de 1999, "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años de 1999-2002".

<sup>23</sup> Por ejemplo, las normas que regulan la competencia económica y definen las prácticas restrictivas de la misma y los abusos de posición dominante.

<sup>24</sup> El Estado puede incluso ir más lejos y en lugar de crear empresas que compitan con los particulares, pueden crear monopolios o reservarse actividades o servicios. Así, la propia Constitución estatuye el monopolio estatal sobre los juegos de suerte y azar y sobre los licores, sin perjuicio de que puedan establecerse otros monopolios como arbitrios rentísticos "con una finalidad de interés público o social y en virtud de una ley" (art. 336 de la C.P.). La Constitución menciona expresamente la posibilidad de que, por iniciativa del Gobierno, el Estado se reserve la prestación de determinados servicios públicos o actividades rentísticas (art. 365 de la C.P.).

<sup>25</sup> Delvolvé, op. cit., p. 146-154.

<sup>26</sup> Ver sentencias C-415 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; entre otras.

<sup>27</sup> Ver sentencia C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. A modo de ejemplo, en la sentencia C-692 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte enunció las siguientes materias que corresponde al legislador regular en relación con la intervención del Estado en la economía: "[A]l legislador le corresponde: (i) dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (C.P. art. 150-19-d); (ii) dictar las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le han sido atribuidas (C.P. arts. 150-8 y 189-24); (iii) regular la forma de intervención económica del Estado (C.P.



arts. 189-25, 334 y 335); (iv) dictar las normas que regirán la prestación de los servicios públicos; y (v) dictar las normas con sujeción a las cuales el Gobierno puede intervenir en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (C.P. art. 335)."

<sup>28</sup> Ver sentencia C-352 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>29</sup> Ver sentencia C-228 de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. La Corte expresó en esta oportunidad: "La vigencia del principio de reserva de ley no significa que el legislador debe regular íntegramente la materia, incluso en sus aspectos más específicos. En contrario, la competencia exclusiva del legislador está relacionada con la fijación de los aspectos esenciales y definitorios del asunto objeto de reserva legal, la cual no puede ser de ningún modo diferida al reglamento. El papel de este, en ese orden de ideas, se reduce a la determinación de aspectos puntuales y técnicos, que no desvirtúen o afecten la reserva de ley. En todo caso, el reglamento no puede constituirse en una fuente autónoma de deberes, obligaciones o limitaciones a la actuación de los asociados.

(...)

22.4. La intervención del Estado en la economía es un asunto sometido a la reserva de ley, por lo que son predicables las condiciones antes analizadas. Sin embargo, no puede perderse de vista que en esa potestad de intervención concurren tanto el poder legislativo como el Ejecutivo, representado por las autoridades administrativas que ejercen actividades de inspección, vigilancia y control de los mercados. Según el esquema propuesto, corresponderá al Congreso determinar los aspectos esenciales de la intervención económica, incluso a partir de fórmulas amplias, pudiendo adscribir a dichas autoridades la facultad de definir los aspectos técnicos y puntuales, cuya determinación asegure el cumplimiento efectivo de las finalidades constitucionales de la intervención, entre los cuales se encuentra la competencia efectiva entre los agentes que concurren al mercado."

<sup>30</sup> En este sentido, la Corte expresó lo siguiente en la sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: "(...) la complejidad propia de las sociedades contemporáneas torna imposible que el Congreso, luego de procedimientos que por sus condiciones deliberativas son complejos y se extienden en el tiempo, regule en detalle las distintas materias y problemáticas. Además, no puede perderse de vista que la Carta Política, de forma expresa, confiere la capacidad de producción normativa a otras instancias, siempre y cuando se sometan a un marco referencial obligatorio previsto por el legislador."

<sup>31</sup> Ver sentencias T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>32</sup> Ver la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. La Corte expresó en esta oportunidad: "[E]l Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (...)" (negrilla fuera de texto).

<sup>33</sup> Ver sentencia C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Por ejemplo, en la sentencia C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de una disposición que ordenaba la creación en todas las empresas del sector industrial de un departamento de gestión ambiental, bajo el entendido que tal obligación no se aplica a las micro y pequeñas empresas a nivel industrial. Para la Corte la disposición creaba una carga excesiva en cabeza de las pequeñas y microempresas del sector industrial que, de otro lado, no se compadecía con la finalidad perseguida por el Legislador. La Corte expresó: "el medio previsto en la norma demandada establece una obligación en cabeza de todas las empresas pertenecientes al sector industrial sin ninguna consideración respecto a las características específicas del tipo de industria al que pertenece (manufacturero, textil, metalúrgica, minerales no metálicos como el cemento, química y derivados del petróleo, etc.), el tamaño (grandes, medianas, pequeñas y microempresas), el capital, la localización, el grado de afectación del medio ambiente, la situación económica que enfrente un determinado sector o el compromiso previo con la protección del bien que se busca proteger plasmado en acciones concretas y efectivas.

Desde esta perspectiva, las implicaciones y efectos de la obligación contenidos en la norma demandada variarán significativamente entre las empresas catalogadas como grandes, medianas o microempresas. Por ejemplo, mientras la creación de tal departamento en una gran empresa, en principio, se podría adelantar rápida y apropiadamente porque los recursos físicos, económicos y humanos que se requieren se pueden solventar con cierta facilidad; en una microempresa, con una capacidad adquisitiva restringida, el cumplimiento de tal obligación puede generar su quiebra.

Resulta evidente que el artículo 8 demandado no considera las diferencias entre empresas, por ejemplo, no distingue entre las que cuentan con sistemas de administración y operación avanzados y pueden obtener líneas de crédito y préstamos por sumas importantes a través de instituciones financieras nacionales o internacionales con relativa facilidad, y aquellas en las que los asuntos relacionados con la administración, producción y ventas son elementales y reducidos, y tienen un acceso limitado al sector financiero; así como tampoco lo hace respecto de las que poseen áreas o departamentos convenientemente estructurados con funciones, sistemas y procedimientos estandarizados que efectivamente protegen el medio ambiente, y las que cuentan con sistemas de fabricación prácticamente artesanales."

<sup>34</sup> Ver artículo 155 de la Ley 100.

<sup>35</sup> Ver artículos 154-c y 156 de la Ley 100.

<sup>36</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>37</sup> Cfr. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración 4.1.3.

<sup>38</sup> M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>39</sup> Sentencia C-516 de 2004.

<sup>40</sup> Sentencia C-1041 de 2007.

<sup>41</sup> Cfr. consideración 6.2.9.

<sup>42</sup> Cfr. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración 4.1.6. Ver también la sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>43</sup> *Ibidem*. Esto ocurre, por ejemplo, porque no se han establecido mecanismos de resolución de controversias cuando existen diferencias en los conceptos del médico tratante y el CTC de una EPS respecto de la pertinencia médica de un servicio no POS o no POS-S, porque tampoco se ha previsto un procedimiento para solicitar ante las EPS servicios no POS o no POS-S diferentes a los medicamentos, o porque no se actualiza el contenido del plan de beneficios. Ver consideraciones 6.1.1. y 6.1.3.1.1.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Como en el caso del establecimiento de diferencias sustanciales entre los planes de beneficios del régimen contributivo y subsidiado. Por esta razón, la Corte instó a las autoridades del SGSSS para que diseñaran un plan para igualar progresivamente los planes, con fundamento en prioridades epidemiológicas y las necesidades de salud de la población; y para el caso de los niños, ordenó la unificación en el corto plazo. Ver consideración 6.1.2.

<sup>45</sup> Ver artículo 4 de la ley 1432 de 2011.

<sup>46</sup> Ver artículo 173 de la Ley 100.

<sup>47</sup> Ver artículo 172 de la Ley 100, derogado por el artículo 3 de la ley 1122 de 2007.

<sup>48</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>49</sup> El accionante afirmaba que con la facultad otorgada a las EPS para prestar directamente el servicio de salud por medio de sus IPS, se limita la libertad económica y se permite que las EPS, prevaliéndose de su posición dominante, controlen el mercado de los servicios de salud y privilegien a sus propias IPS.

<sup>50</sup> La Corte sostuvo: "Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49)."

<sup>51</sup> La Corte aseveró lo siguiente en relación con la integración vertical de EPS e IPS: "La integración de las empresas es una opción que el legislador dejó abierta y responde a una realidad del mercado, que le permite a algunas entidades racionalizar y prestar un servicio más eficiente a sus afiliados."

<sup>52</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>53</sup> Ver en esta sentencia un resumen de la línea jurisprudencial hasta 2004 sobre la intervención del Estado en las relaciones económicas que se producen en el marco del SGSSS.

<sup>54</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>55</sup> El precepto ordena a las EPS pagar a las IPS un mínimo anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación, en los contratos por pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico.

<sup>56</sup> La Corte explicó: "(...) en la medida en que garantiza el flujo de recursos hacia las Instituciones Prestadoras de Servicios, promueve el mejoramiento de la prestación de los servicios de salud lo cual redundará en la protección de los usuarios y en la posibilidad de brindar atención adecuada a las personas por lo cual desarrolla varios principios específicos del ámbito de la salud, como la solidaridad y la eficiencia, al permitir una mejor utilización de los recursos financieros disponibles y el beneficio de los usuarios del sistema."

<sup>57</sup> M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>58</sup> Los otros mecanismos de pago son definidos por esta misma disposición así:

"b. Pago por evento: Mecanismo en el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos

prestados o suministrados a un paciente durante un período determinado y ligado a un evento de atención en salud. La unidad de pago la constituye cada actividad, procedimiento, intervención, insumo o medicamento prestado o suministrado, con unas tarifas pactadas previamente.

c. Pago por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico: Mecanismo mediante el cual se pagan conjuntos de actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, prestados o suministrados a un paciente, ligados a un evento en salud, diagnóstico o grupo relacionado por diagnóstico. La unidad de pago la constituye cada caso, conjunto, paquete de servicios prestados, o grupo relacionado por diagnóstico, con unas tarifas pactadas previamente."

<sup>59</sup> Como se indicó en la sentencia C-260 de 2008, la ley 1122 buscó generar equilibrio entre los actores del sistema y mejorar la prestación de servicios. Para ello, entre otras medidas, buscó fortalecer las IPS. "Así, se definieron intereses obligatorios para la mora en el pago de los servicios que prestan las IPS a los entes territoriales, las EPS y las ARS y, a la vez cuando las IPS se retrasan en el pago de los servicios prestados por los profesionales (artículo 13, parágrafo 5 y 6); se limitó la contratación de las EPS con su propia red al 30% (artículo 15); se facultó al Ministerio de Protección Social para que defina un sistema obligatorio de garantía de la calidad relacionado con el sistema tarifario (artículo 25 (a)); se facultó a la Superintendencia Nacional de Salud para velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presiones o condicionamientos frente a las IPS y para vigilar que estas adopten y apliquen un Código de conducta y de buen gobierno que oriente la prestación de los servicios a su cargo (artículo 39 (e) y (h))."

<sup>60</sup> El texto del literal d) del artículo 13 de la ley 1122 es el siguiente: "d) Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura;" (negrilla fuera del texto).

<sup>61</sup> El artículo 6 del decreto 4747 de 2007 dispone:

"Artículo 6. Condiciones mínimas que deben ser incluidas en los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios. Independientemente del mecanismo de pago que se establezca en los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios, estos deberán contener, como mínimo los siguientes aspectos:

1. Término de duración.
2. Monto o los mecanismos que permitan determinar el valor total del mismo.
3. Información general de la población objeto con los datos sobre su ubicación geográfica y perfil demográfico.
4. Servicios contratados.
5. Mecanismos y forma pago.
6. Tarifas que deben ser aplicadas a las unidades de pago.
7. Proceso y operación del sistema de referencia y contrarreferencia.
8. Periodicidad en la entrega de información de prestaciones de servicios de salud -RIPS.
9. Periodicidad y forma como se adelantará el programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisión de cuentas.
10. Mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades.
11. Mecanismos para la solución de conflictos.
12. Mecanismos y términos para la liquidación o terminación de los acuerdos de voluntades, teniendo en cuenta la normatividad aplicable en cada caso."

<sup>62</sup> Según el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas contenido en el anexo técnico No. 6 de la Resolución 3047 de 2008, una glosa es: "(...) una no conformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión integral, que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud."

<sup>63</sup> La resolución 3553 de 2009, en su artículo 2º, precisó algunas definiciones así: "1. Cobertura: Relación entre la población que requiere una atención y la utilización de los servicios por parte de esa población, de acuerdo con las normas de atención integral que se definen en cada caso. 2. Oportunidad: Atributo de la calidad de atención, relacionado con el tiempo de espera entre la solicitud de una atención y su efectiva prestación. 3. Resolutividad: Capacidad de un prestador de servicios de salud de responder de manera integral y con calidad a una demanda de atención de salud, de acuerdo con el tipo y complejidad de los servicios habilitados."

<sup>64</sup> El texto del artículo 81 del proyecto de ley es el siguiente: "Artículo 81. *Reglas especiales para la contratación con el mecanismo de pago por capitación.* Con el fin de garantizar el adecuado acceso y calidad en la prestación de servicios a la población y un apropiado flujo de recursos, se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de acuerdos de voluntades con el mecanismo de pago por capitación, entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de tales servicios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud: || a) Solo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja y media complejidad; || b) Se excluyen del mecanismo de contratación por capitación las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que deben hacerse bajo un esquema de inducción de la demanda, de acuerdo con la normatividad vigente; || c) Se establecerán indicadores que permitan el adecuado seguimiento de los mecanismos de contratación y al cumplimiento de las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención que se establezcan en los mismos, de acuerdo con la normatividad expedida por el Ministerio de la Protección Social." *Cfr.* Gaceta del Congreso 435 de 2010.

<sup>65</sup> El informe de ponencia fue refrendado por los senadores Jorge Eliécer Ballesteros, Dilian Francisca Toro Torres, Gilma Jiménez Gómez, Antonio José Correa Jiménez, Guillermo Antonio Santos Marín, Fernando Tamayo Tamayo y Eduardo Carlos Merlano Morales, y por los representantes Armando Zabaraín D'Arce, Martha Cecilia Ramírez Orrego, Luis Fernando Ochoa Zuluaga y Rafael Romero Piñeros.

<sup>66</sup> *Cfr.* Gaceta del Congreso No. 913 de 2010.

<sup>67</sup> Los ponentes propusieron el siguiente texto para el artículo 50 del proyecto: "Artículo 50. *Contratación por capitación.* Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud: || 1. Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación. || 2. La capitación no libera a la Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo. || 3. Se excluyen del mecanismo de contratación por capitación las actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que deben hacerse bajo un esquema de inducción de la demanda. ||Parágrafo transitorio. Se podrá hacer contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, sobre la base de indicadores de resultados basados en la estrategia de Atención Primaria en Salud y rendición pública de cuentas, hasta el año 2013." *Cfr.* Gaceta del Congreso No. 913 de 2010.

<sup>68</sup> Ver Gaceta del Congreso No. 1003 de 2010.

<sup>69</sup> *Cfr.* fols. 62 y 63.

<sup>70</sup> *Cfr.* fols. 64 y 65.

<sup>71</sup> Ver consideración 2.6.2.10.

---

Fecha y hora de creación: 2024-09-19 08:25:09