



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 1 de 204

BOLETIN JURIDICO No. 1

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



Tabla de contenido

Jurisprudencia	3
Sentencias de la Corte Constitucional	4
Sentencia C – 084 de 2013	5
Sentencia C – 262 de 2013	56
Conceptos del Consejo de Estado	117
Concepto sobre distancia entre droguerías	118
Concepto sobre aplicación de la Ley de Garantías	126
Normativa	142
Decretos	143
Decreto 1683 de 2013	143
Decreto 0723 de 2013	149
Decreto 1623 de 2013	158
Resoluciones	160
Resolución 162 de 2013	161
Circulares	165
Circular Comisión Nacional de Precios de Medicamentos	166
Conceptos Jurídicos	184
Conceptos sobre control a los Tribunales de Ética Médica	185
Pago de licencia de maternidad sobre el último salario	189
Reconocimiento de incapacidades	191
Pago de aportes en salud de afiliado a un régimen de excepción	194
Cobro de multas por inasistencia a citas médicas	197
Pago de incapacidades por cáncer	199
Reconocimiento y pago de incapacidades	201



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 3 de 204

JURISPRUDENCIA

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 4 de 204

I

I. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.



1.1. Sentencia C-084/13

Referencia: expediente D-9191

Actores: Gloria María Avendaño Dimaté, Jaifer Blanco Ortega y Guillermo Sandoval.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (numeral 4), 22, 44 y 133 de la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013).

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

SENTENCIA

II. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Gloria María Avendaño Dimaté, Jaifer Blanco Ortega y Guillermo Sandoval, presentaron demanda contra los artículos 11 (numeral 4), 22, 23, 24, 44 y 133 de la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

Por auto del diez (10) de julio de dos mil doce (2012), se admitió la demanda en relación con los cargos propuestos en contra de los artículos 11 (numeral 4), 22, 44 y 133 de la Ley 1474 de 2011 e inadmitió aquellas acusaciones dirigidas contra los artículos 23 y 24 de la misma ley por encontrar que en ella no se satisfacían los requerimientos del artículo 2, del Decreto 2067 de 1991 y le concedió al accionante el plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación *“para que, conforme a lo dispuesto en la parte considerativa de este proveído proce[diera] a corregir su escrito en el sentido de expresar los argumentos por los cuales los artículos 23 y 24 de la ley 1474 de 2011 vulneran la Carta Política”*.

Habiéndose notificado el auto por estado el 12 de julio de 2012, expiró en silencio el término reglamentario para corregir la demanda, tal y como fue informado por la Secretaria General de esta Corporación el 18 de julio de 2012, razón por la cual mediante auto del 27 de julio de ese mismo año



se rechazó la demanda contra los artículos 23 y 24 de la Ley 1474 de 2011, y se ordenó fijarla en lista.

Así mismo, se dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto a los señores Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), a la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servicios Públicos de la Salud, la Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia (ANTHOC), para que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas demandadas.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

III. LAS NORMAS ACUSADAS

El texto de las disposiciones demandadas corresponde al publicado en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Los apartes demandados del artículo 11 (numeral 4), 22, 44 y 133 aparecen resaltados a continuación.

LEY 1474 DE 2011

(julio 12)

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 11. CONTROL Y VIGILANCIA EN EL SECTOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

(...)

4. A partir de la expedición de la presente ley, ninguna entidad prestadora del servicio de salud en cualquiera de sus modalidades, incluidas las cooperativas podrán hacer ningún tipo de donaciones a campañas políticas o actividades que no tenga <sic> relación con la prestación del servicio.

ARTÍCULO 22. OMISIÓN DE CONTROL EN EL SECTOR DE LA SALUD. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 325B, el cual quedará así:

El empleado o director de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud, que con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud, incurrirá, por esa sola conducta, en la pena prevista para el artículo 325 de la Ley 599 de 2000.

(...)



ARTÍCULO 44. SUJETOS DISCIPLINABLES. *El artículo 53 de la ley 734 de 2002, quedará así:*

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

(...)

ARTÍCULO 133. *El artículo 106 de la ley 1438 de 2011, quedará así:*

“Artículo 106. Prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores en el sector de la salud. *Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

PARÁGRAFO 1o. *Las empresas o instituciones que incumplan con lo establecido en el presente artículo serán sancionadas con multas que van de 100 a 500 SMMLV, multa que se duplicará en caso de reincidencia. Estas sanciones serán tenidas en cuenta al momento de evaluar procesos contractuales con el Estado y estarán a cargo de las*



entidades de Inspección, Vigilancia y Control con respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas.

PARÁGRAFO 2o. Los trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reciban este tipo de prebendas y/o dádivas, serán investigados por las autoridades competentes. Lo anterior, sin perjuicio de las normas disciplinarias vigentes”.

IV. LA DEMANDA

Los ciudadanos demandantes estiman que las normas impugnadas transgreden los artículos 29, 39, 157, 158 y 243 de la Constitución Política.

En primer término consideran que el numeral 4 del artículo 11 y el artículo 133 de la ley 1474 de 2011 violan los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia porque (i) fueron introducidos en el cuarto debate del proyecto de ley; y (ii) no guardan una conexión mínima con la materia regulada o debatida hasta el momento.

Explican que tanto el numeral 4 del artículo 11 como el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011, fueron introducidos durante el último debate en la plenaria de la Cámara de Representantes, violando de esta manera los artículos 157 y 158 de la Constitución Política indican que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, para analizar este cargo es preciso tener en cuenta los principios de *consecutividad, identidad flexible y unidad de materia*.

Manifiestan que el numeral 4 del artículo 11 que establece la prohibición para las entidades prestadoras del servicio de salud en cualquiera de sus modalidades, incluidas las cooperativas, para efectuar donaciones a campañas políticas o actividades diversas relacionadas con la prestación del servicio versa sobre una materia (donaciones que pueden no realizar las entidades prestadoras de salud a campañas políticas) que no tiene relación con la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”* (sobre procedimientos para controlar la corrupción en los ámbitos penal, disciplinario y administrativo).

Resaltan además, que el artículo 11 demandado, desde su versión original tenía el objeto de regular el control y vigilancia de la seguridad social en salud. Por ello en su primer numeral se ocupó de definir la obligación de las entidades vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud de adoptar medidas para evitar que se generaran fraudes; en el segundo numeral, definió los mecanismos de control que deberán aplicarse para evitar tales fraudes; y en el tercero, se refirió a los procedimientos para implementar esos mecanismos y ordenó la adopción de reglas específicas y la designación de funcionarios responsables en las entidades controladas.

Según los accionantes, las tres disposiciones guardan cohesión entre sí y regulan facetas de un mismo objeto como las medidas internas para evitar fraudes. El numeral 4 del mismo artículo, en cambio, rompe esa consistencia pues se refiere a una materia ajena como es prohibir a las entidades prestadoras de salud (IPS) efectuar donaciones a campañas políticas y a otras actividades. La



desconexión resulta evidente – argumentan los actores-, porque esa norma no precisa ningún aspecto del articulado citado, no complementa ninguna regla, ni guarda conexión con lo prescrito por esta. Mientras el artículo 11 se refiere a las medidas internas que deben adoptar las entidades vigiladas por la Superintendencia de Salud, esto es, las entidades promotoras de salud (EPS), para evitar el fraude, el numeral 4 se refiere a las restricciones para hacer donaciones por parte de las empresas prestadoras de salud (IPS) a campañas políticas o actividades ajenas a la prestación de los servicios de salud, materia autónoma frente al resto de los contenidos mencionados por tratarse de un tema relacionado con la financiación de campañas políticas y no con el control interno de las entidades.

Resaltan los demandantes que de acuerdo con la Sentencia C- 040 de 2010, si la adición tiene autonomía normativa propia y no es de la esencia de la institución debatida, como ocurre con el numeral 4 del artículo 11 demandado, resulta inconstitucional.

Los accionantes concluyen manifestando que *“(1) el numeral no tiene ninguna relación temática con el Proyecto de Ley en el cual se regulan los diferentes escenarios de control de la corrupción; (2) ni con el artículo 11 que se refiere a los procedimientos para prevenir el fraude que deben aplicar internamente en las entidades vigiladas por la Superintendencia de Salud; (3) puesto que el numeral 4 se refiere a la donación de recursos a las campañas políticas o a fines distintos a los de la prestación del servicio de la salud. Justamente por eso; (4) este tema nunca estuvo presente en las ponencias, ni en las proposiciones, ni en los debates del trámite legislativo de esta ley; (5) fue introducido mediante una proposición en el último debate; (6) y la justificación estuvo más relacionada con una noticia de coyuntura que un Congresista escuchó, que con un desarrollo del artículo o del proyecto”*

En relación con el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011, consideran los actores que la situación descrita resulta más evidente.

Afirman que la disposición comporta una modificación del artículo 106 de la Ley 1438 de 2009, relativo a la prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores del sector salud, concretamente, en relación con el párrafo del artículo mencionado, pues traslada la competencia para imponer sanciones por incumplimiento de la prohibición de entregar esas prebendas, de la Superintendencia Nacional de Salud a las entidades de Inspección, Vigilancia y Control, respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas.

Esa disposición -a juicio de los actores-, modifica la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para aplicar sanciones sobre un tema ajeno a lo debatido, pues éste no se ocupa de las competencias de las superintendencias ni de las relaciones entre los trabajadores de las EPS y otros agentes de sistema, sino que se limita a realizar ajustes a los procedimientos para aplicar sanciones por corrupción en los ámbitos administrativo, penal y disciplinario.

La desconexión se hace evidente – manifiestan los demandantes-, al constatar que el artículo fue incluido únicamente en el cuarto debate del Proyecto de Ley sin que antes, en el transcurso del trámite se haya hecho referencia alguna al mismo. Así, según explican los actores, el proyecto de ley, las ponencias y los debates *“escasamente se refirieron a la adopción de medidas específicamente en el tema de salud y cuando se hizo alusión a estas materias nunca se contemplo*



la transformación de esta competencia de la Superintendencia Nacional de Salud ni ningún tema cercano o a fin". La ponencia solo incluyó la consideración de normas que (i) establecían mecanismos de vigilancia y (ii) creaban o agregaban delitos del Código Penal, pero no se hizo alusión a las relaciones de los trabajadores de las EPS con otros agentes del sistema ni las facultades de la Superintendencia.

Los actores manifestaron que el artículo demandado se presentó como una adición a un artículo del proyecto de ley y no como una modificación del artículo 106 de la Ley 1438 de 2009, que es lo que en realidad supone su incorporación al proyecto, en el último debate, sin que hubiera un texto con la proposición que fuera sometida a los congresistas, no se indicó quién presentó la proposición, cuál era su relación con el Proyecto de Ley, ni que se trataba de una modificación a una Ley diferente y tampoco hubo lectura del texto del artículo o de la proposición durante el debate. En tales condiciones era imposible que los congresistas tuvieran claridad sobre lo que estaban debatiendo y votando. (Cita la Gaceta 438 de 2011 y 669 de 2011).

En ese marco se concluye en la demanda: *"En el caso del artículo 133: (1) se incluyó una materia totalmente nueva en el Proyecto de Ley relacionada con la facultad de la Superintendencia Nacional de Salud para imponer sanciones en ciertas a los trabajadores de la salud; (2) la cual no está relacionada ni con la materia general del proyecto ni con ninguno de los artículos allí incluidos que no se refieren ni a las facultades de la Superintendencia, a las relaciones de los trabajadores de otros órganos de vigilancia.*

El segundo cargo recae sobre el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011. Los demandantes plantean que este artículo vulnera el derecho a la salud al tipificar una conducta penal que prohíbe la prestación de servicios excluidos del POS y el uso de recursos para garantizar la salud de las personas (artículo 49 de la C.P.) que terminará por vulnerar los derechos de los usuarios del sistema de salud.

Según los demandantes el artículo 22, que crea el tipo penal de *"omisión de control en el sector salud"* introduce una prohibición con alto grado de indeterminación, consistente en omitir *"el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector salud"*, bajo pena privativa de la libertad, que complejiza el trámite de solicitudes. En concepto de los demandantes, se trata de una prohibición que desconoce abiertamente la jurisprudencia sobre la protección de la salud sin trámites engorrosos o innecesarios que impidan el acceso al servicio, regla que establece un nivel de protección que no puede reducirse por una norma penal sin que exista una razón imperiosa que justifique el retroceso, lo que no ocurre en esta oportunidad.

Si bien la norma condiciona la tipicidad de la conducta a que se efectúe con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción, esa prevención es *"insuficiente"* porque no existe definición de *"corrupción"* en la norma, ni es posible determinar quién está facultado para señalar cuándo se presenta un acto de corrupción, así que cualquier irregularidad puede estimarse como corrupción, de donde surgen barreras en los trámites internos de carácter económico y administrativo que llevarían a impedir el acceso a servicios de salud no incluidos en el POS.

Afirman que *"... el comité técnico científico, al igual que cualquier funcionario de una EPS o de una IPS ha sido puesto por la norma acusada en el siguiente dilema: aprobar y prestar un servicio de*



salud, incluso NO POS, aplicando la jurisprudencia de la Corte (...) o negarse a hacerlo aplicando las regulaciones administrativas y los procedimientos internos de todo tipo que justifiquen en el sistema actual, negar tales servicios. Si opta por lo primero viola la norma acusada, es calificado de corrupto y privado de la libertad. Si opta por lo segundo, viola la Constitución”

En consecuencia, el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011 prohíbe inaplicar determinados trámites que pueden ser considerados como mecanismos de control y lucha contra el fraude, sin definir a cuáles se refiere, así que la eliminación de barreras de acceso por parte de las entidades del sistema puede acarrear la responsabilidad penal de los funcionarios.

Además el artículo “*está compuesto por varios términos que son abiertos e indeterminados y que no le permiten a un funcionario que es responsable de autorizar o prestar servicios al sistema de salud determinar con claridad cuáles son las conductas que la disposición le prohíbe*”, afectando el principio de legalidad en materia penal y, concretamente, “*la prohibición de delitos y penas indeterminados, prohibición que hace referencia a dos modalidades de tipos penales especialmente controvertidas: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos* (los demandantes citan el fallo C- 442 de 2011).

En ese orden de ideas, concluyen que el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011 definió un tipo penal, con base en términos y expresiones indeterminados que impiden conocer en este caso “*la descripción comportamental de la conducta punible*,” según expresión de la sentencia C- 025 de 2003, a saber: “(1) *que el empleado o director de una entidad vigilada “omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector salud”* y (2) *y que lo haga con la finalidad de encubrir un acto de corrupción.*”

El tercer cargo recae sobre el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, que según los demandantes viola el derecho al debido proceso al irrespetar los principios de culpabilidad subjetiva (artículo 29 de la C.P.) y de cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la C.P.) pues reproduce una norma previamente declarada inconstitucional en la sentencia C-1076 de 2002.

Recuerdan que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1076 de 2002 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, cuyo texto es idéntico al que se demanda en esta oportunidad, precisamente, bajo el argumento de que en el caso de las personas jurídicas la responsabilidad penal no puede ser objetiva, sino que debe estar articulada al incumplimiento de los deberes funcionales de los representantes legales y los miembros de la junta directiva y solo procede una vez se agoten las exigencias probatorias de cualquier atribución de responsabilidad disciplinaria personal, incluida la culpa o el dolo.

Para ellos es claro que en la jurisprudencia constitucional se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva en materia disciplinaria y que la de los representantes legales y miembros de juntas directivas, sólo les puede ser atribuida por el incumplimiento de deberes funcionales.

El artículo 44 demandado fue adoptado en contravención de la parte resolutive de la sentencia C-1076 de 2002 reseñada antes, al reproducir un contenido normativo idéntico al analizado en esa oportunidad pero sin introducir el condicionamiento incorporado por la Corte para hacerlo conforme a la Constitución, por lo que resulta contrario al artículo 243 de la Constitución Política.



V. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES

1. Del Ministerio de Salud y Protección Social.

El Ministerio de Salud y Protección Social intervino en el proceso de la referencia para solicitar que la Corte declare la exequibilidad de las normas demandadas.

En primer lugar determinó que los actores plantean dos tipos de cargos: (i) de trámite legislativo y (ii) de violación material de la Constitución. Por una parte frente al artículo 11, numeral 4 y el artículo 133, estos consideran que se pretermitió el trámite legislativo; de otro lado respecto al artículo 22 y 44 estiman que se producen problemas de fondo.

Siguiendo esta estructura, el interviniente concentra su argumentación en demostrar que las normas adoptadas no solo gozan de unidad de materia sino que respetan el principio de consecutividad, por lo cual considera que le es extraño que los demandantes afirmen que *“medidas de control de los recursos en salud y en las que se impulsa la transparencia tanto en la prohibición de ciertas conductas que implican riesgos en la relación con la de los profesionales de la salud sean consideradas “ajenas” a una norma anticorrupción que de entrada las contiene”*. De igual forma el apoderado del Ministerio mencionó, que el control en el sistema de seguridad social en salud no tenía porque convertirse en una traba en sí misma, para el ciudadano, cuando lo que se pretende es respetar el derecho fundamental a la salud, censurando ciertos actos de corrupción.

Frente al primer cargo, en el cual los accionantes consideran que los artículos 11 numeral 4 y 133 de la Ley 1474, vulneran los principios de consecutividad y unidad de materia, el interviniente resaltó que en este caso lo que debe analizarse es la consecutividad de las iniciativas y no de los textos. En otras palabras, aun en el último de los debates pueden aparecer textos nuevos, siempre que la esencia de lo que en estos se consigne desarrolle lo sustancial que se haya debatido y corresponda al tema que se ha debatido en cada una de las etapas del trámite legislativo. Tal apreciación la fundamenta en las sentencias C- 801 de 2003 y C-1092 de 2003.

Por lo anterior, manifestó que desde la presentación de la iniciativa gubernamental, la corrupción en el sector salud fue uno de los temas de preocupación del proyecto y dentro de las actividades que generaban este riesgo, se señaló la necesidad de adoptar medidas para evitar la financiación de campañas políticas, por lo cual resaltó los siguientes apartes de la exposición de motivos:

“F. Por último, se consagra todo un régimen para evitar y sancionar los eventos de corrupción y fraude en la salud pública. En este sentido, se crea un sistema para el control y reporte del fraude en el Sistema General de la Seguridad Social en Salud similar al que ya existe para el lavado de activos.

Adicionalmente se le da vida a un Fondo Anticorrupción del Sector Salud que permitirá fortalecer la capacidad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y dotará de recursos a la entidad para realizar convenios con la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría para investigar hechos indebidos en el sector. [...].



C. Se adicionan dos nuevas circunstancias de agravación a la estafa: una relacionada con recursos públicos y otra con recursos de la salud, por la lesividad que tienen los fraudes que ejecutan los particulares en estos sectores en relación con medicamentos, recobros, certificaciones y relaciones con el Estado. [...]

E. Se agravan las penas de delitos en los cuales se afecten recursos de la salud, por considerarse que en estos eventos no solamente se presenta la afectación concreta de la Administración Pública o el orden económico social, sino que también se está colocando en peligro al propio objeto tutelado de la salud pública”. (El apoderado cita la gaceta del Congreso, numero 607 de 7 de septiembre de 2010).

Adicionalmente en ese mismo título se incorporó lo relativo a la financiación de campañas políticas de la siguiente manera:

“B. En segundo lugar, se ha identificado la necesidad de establecer medidas para impedir las conexiones ilegales entre los particulares y la Administración Pública a través de la financiación ilegal de campañas políticas. Para este efecto se prohíbe que quienes se financien campañas electorales se beneficien de contratos públicos”.

De esta manera, la corrupción en sus diversas vertientes es considerada por el legislador durante todo el trámite y en específico a lo que ha ocurrido en el sector de la salud, dentro de una secuencia que se inicia desde el mismo momento en que es presentado el proyecto. Razón por la cual, el interviniente considera que las normas demandadas no vulneraron los principios de unidad de materia y consecutividad.

En cuanto a los cargos formulados por los demandantes contra el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, el interviniente manifestó que la afirmación según la cual sancionar la omisión de control en el sector salud y trasladar la responsabilidad disciplinaria a los representantes legales o miembros de las juntas directivas de las personas jurídicas, no significa, en modo alguno que se esté edificando una barrera de acceso al ciudadano.

Por otro lado, el Ministerio precisó que el tipo penal creado a partir del artículo 22, no carece de claridad – como lo manifiestan los demandantes-, toda vez que del mismo se denotan claramente las siguientes características: “(i) *Sujeto activo: calificado, debe tener la condición de empleado o director de una entidad vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud;* (ii) *Sujeto pasivo: impersonal;* (iii) *Bien jurídico que se tutela: el orden económico y social;* (iv) *Verbo rector: omitir el cumplimiento de algunos mecanismos de control;* (v) *Ingrediente subjetivo: con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción.* Agrega que en cuanto al término corrupción, varios instrumentos internacionales la definen como “*requerimiento o aceptación directa o indirecta de cualquier valor pecuniario o dádivas, favores o ventajas, por parte de un funcionario público o de persona que ejerza funciones públicas, en su favor o en favor de otra persona, a cambio de la realización u omisión de cualquier acto comprendido dentro del ejercicio de sus funciones públicas.*” De lo indicado colige el interviniente del Ministerio que no es acertada la afirmación de los accionantes, entorno a una posible oscuridad en el tipo penal que se analiza.



Por último, resalta el Ministerio que a pesar de que los autores de la demanda consideran que a través del artículo 44 se reproduce una norma expulsada del ordenamiento por la sentencia C-1076 de 2002, mediante el cual se condicionó la exequibilidad del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, tal afirmación no es cierta, como quiera que el inciso que hace referencia a la responsabilidad del representante legal y de los miembros de la junta directiva de las personas jurídicas, fue introducido siguiendo los lineamientos fijados por la Corte en la sentencia C-037 de 2003 y por dicha razón considera que este cargo no está llamado a prosperar.

2. Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho intervino mediante apoderado para solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas.

Frente al primer cargo formulado contra los artículos 11 numeral 4 y 133 de la Ley 1474 de 2011, sobre los cuales los demandantes afirman que vulneraron los principios de consecutividad y unidad de materia propios del trámite legislativo debido a que fueron introducidos en el cuarto debate del proyecto de ley y que estos no guardan una conexión mínima con la materia regulada, el interviniente resalta que a través de la sentencia C-648 de 2006 la Corte Constitucional determinó que el requisito exigible para dar cumplimiento a los principios de consecutividad e identidad es *“que se lleve a cabo el numero de debates reglamentarios de manera sucesiva en relación con los temas de que trata un proyecto de ley o de acto legislativo y no sobre cada una de sus normas en particular”*; de igual forma citó la sentencia C-277 de 2011 en la cual se sostuvo a propósito del principio de identidad flexible en el trámite legislativo relacionado con la conexidad material entre el proyecto y las modificaciones en último debate, *“[...] que en el cuarto debate se pueden introducir adiciones al proyecto de ley siempre que tengan conexidad temática directa con la materia”*.

El Ministerio señala que en el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1474 de 2011, en su exposición de motivos se consignó: *“En segundo lugar se ha identificado la necesidad de establecer medidas para impedir las conexiones ilegales entre los particulares y la Administración Pública a través de la financiación ilegal de las campañas políticas. Para este efecto, se prohíbe que quienes financien campañas electorales se beneficien de cargos públicos”*. De igual forma el contenido material del proyecto establecía: *Artículo 11. Control y vigilancia en el sector de la seguridad social en salud. Numeral 1. Obligación y control, Numeral 2. Mecanismos de control, Numeral 3. Adopción de procedimientos*.

Por lo anterior, el apoderado del Ministerio concluye que desde el primer debate, el referido proyecto de ley, discutió la necesidad de reglamentar el control y vigilancia en el sector de la seguridad social en salud. En consecuencia el numeral 4 del artículo 11 es coherente con el objeto debatido en la referida ley, ya que guarda íntima y directa relación con el objeto del mismo y complementa los aspectos que deben ser objeto de control para que se desestimen futuros actos de corrupción.

En cuanto al artículo 133, señala que la prohibición de prebendas o dádivas a los trabajadores en el sector de la salud cumplió con las exigencias de unidad de materia o núcleo temático correspondiente al proyecto de ley 174 de 2010 Cámara y 142 de 2010 Senado, debido que al agregar de forma enunciativa que pueden haber otras entidades encargadas de evaluar los procesos contractuales con el Estado, las cuales estarán a cargo de *“entidades de inspección, vigilancia y*



control con respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas”, se evidencia una conexidad temática la cual es concordante con los fines de mejoramiento del sistema de salud que permiten la acción coordinada del Estado.

Frente a los cargos señalados al artículo 22 de la Ley 1474, el interviniente precisa que al crear el nuevo artículo en el Código Penal, que pretende sancionar penalmente la inaplicación de los mecanismos de control y lucha contra el fraude en el sector salud, lo que se busca precisamente es salvaguardar el sistema de seguridad social en salud establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución, lo cual no genera un retroceso en la prestación del servicio, contrario a lo que señalan los demandantes.

De igual forma precisa que el nuevo tipo penal es claro y no presenta ambigüedad, para lo cual señala las siguientes características: *“(i) el sujeto activo es calificado: él que, que puede ser empleado o director de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud; (ii) el autor de la conducta la realiza únicamente a título de dolo, debido a que se presente en acción negativa, es decir, al omitir realizar alguno de los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud; (iii) conducta tipificada, con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción, omita el cumplimiento de alguno o de todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud; y (iv) los mecanismos de control están determinados por el artículo 11 de la ley 1474”.*

Por último, en cuanto al artículo 44 de la Ley 1474, el apoderado del Ministerio, manifiesta que contrario a lo afirmado por los demandantes, la sentencia C-1076 de 2002, determinó que los representantes legales o los miembros de la junta directiva de las personas jurídicas, sí son responsables disciplinariamente.

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino mediante apoderado para solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas.

En primer lugar, el Ministerio señala que los artículos 11 numeral 4 y 133 de la Ley 1474 de 2011, no violaron los principios de consecutividad e identidad flexible, debido que desde la presentación del proyecto de ley, una de las materias objeto de discusión fue la adopción de medidas tendientes a impedir la financiación ilegal de las campañas políticas por parte de particulares, especialmente mediante el uso indebido de recursos públicos, recursos del sector de salud y recursos provenientes de contratos públicos. Igualmente el interviniente precisa que desde el inicio del trámite legislativo del proyecto de ley se discutió la inclusión de medidas que sancionaran eficazmente la corrupción del sector de la salud, tal y como consta en la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley ante la Comisión Primera del Senado. (Cita la Gaceta del Congreso No. 784 de 2010).

Sostiene el Ministerio, que respecto al artículo 133 demandado, se evidencia que el mismo no contiene una materia distinta a la propuesta en el proyecto de ley, toda vez que desde su presentación, se incluyeron normas tendientes a dotar a la Superintendencia de Salud con los respectivos sistemas para luchar contra la corrupción. Por lo cual el Ministerio expresó que *“en otras palabras, si una norma que elimina la donación de dádivas o prebendas a los trabajadores del sector*



salud por parte de terceros no es considerada una norma de lucha contra la corrupción, es mejor no hacer nada al respecto y dejar que la corrupción acabe con el sistema de salud de nuestro país”.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público concluye que se respetó el principio de identidad flexible en el trámite legislativo de los artículos 11 numeral 4 y 133 de la Ley 1474 de 2011, al haberse debatido y aprobado una norma que desarrolla los objetivos de la Ley y la cual se discutió en el último debate en la plenaria de la Cámara de Representantes, siendo aprobada dicha inclusión por medio de la Comisión de Conciliación nombrada para tal efecto. De igual manera no se violó el principio de consecutividad al haber sido estudiada la proposición temática de medidas contra la corrupción del sistema de salud y de la financiación de campañas políticas desde el primer debate en la Comisión Primera del Senado.

En cuanto a los cargos formulados al artículo 22, el interviniente manifestó que dicha norma no viola el principio de legalidad y tampoco implica un retroceso frente al derecho fundamental a la salud. Frente al primer argumento, el Ministerio manifestó que no siempre es posible que el tipo penal recoja en su texto todas las posibles conductas que se pueden desarrollar a partir del mismo y que dicha situación no implica *per se* la violación del principio de legalidad, a su vez precisó que la jurisprudencia ha concluido que la existencia de tipos penales abiertos y en blanco no implican siempre la violación al principio de legalidad, pues no toda la realidad sujeta a regulación penal es susceptible de ser descrita en moldes legales, cerrados y completos

Por lo anterior, concluyó que el artículo 22 de la Ley 1474 es un tipo penal en blanco, esto es que la conducta penal se completa con la remisión a otras normas jurídicas: *(i) frente al concepto de “corrupción”, en donde la ley 412 de 1997 define las conductas que constituyen actos de corrupción y (ii) frente a los “mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud”* en donde es necesario remitirse a las normas legales, regulatorias y reglamentarias particulares que son aplicadas para cada entidad, sus empleados y directores.

Por otro lado, frente a los señalamientos realizados por los demandantes en los cuales consideran que este mismo artículo representa un retroceso en el derecho a la salud; el apoderado del Ministerio manifiesta que no es cierto que por incumplir con cualquier trámite administrativo o de otro tipo, se esté incurriendo en la conducta penal descrita en el artículo 22, pues se requiere que dicha omisión tenga por finalidad oculta o encubrir un acto de corrupción.

4. Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud intervino mediante apoderada para solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas.

Como fundamento de la Superintendencia para oponerse a los cargos formulados por los demandantes en el proceso de referencia, señaló primeramente la estructura general del sistema de seguridad social en salud desarrollada por la Ley 100 de 1993 e inspirada por la Constitución Política de 1991, seguidamente precisó que los mandatos constitucionales exigen a las EPS el máximo cuidado con los recursos públicos que administran para la seguridad social en salud y por lo mismo la mayor diligencia en las modalidades, condiciones y calidades que exijan a quienes presten servicios de salud, lo que quiere decir que no les es permitido utilizar dichos recursos que tienen una



destinación específica en actividades diferentes al aseguramiento, lo que conlleva a la prohibición de hacer donaciones a campañas políticas y la prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores en el sector de la salud, por lo cual se justifica entre otros, el contenido del artículo 11 de la Ley 1474 de 2011.

De igual forma, la apoderada de la Superintendencia sostuvo que la prestación del servicio de salud es un imperativo constitucional y un deber del Estado para con su población, por lo que todos los recursos que se le asignen o recauden con destino a la salud, tienen esa específica destinación, luego cualquier transgresión a dichos recursos debe ser sancionada tal como lo prescriben los artículos 44 y 133 de la referida ley.

Por lo anterior y teniendo en cuenta el sustento normativo que le dio origen a la Superintendencia Nacional de Salud, es deber de dicha entidad exigir que las Entidades Promotoras de Salud sean absolutamente prudentes en el cumplimiento de sus obligaciones, pues si ello no es así, quienes contravengan tales preceptos se convierten en sujetos disciplinables tal como lo prevé la Ley 1474 de 2011.

VI. INTERVENCION DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL – ACEMI

La Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – ACEMI intervino en el proceso de la referencia para solicitar la exequibilidad de los artículos 133, 22 y 44 (parcial).

Señala el asociación, -contrario a lo que manifiestan los demandantes-, que el artículo 133 de la ley 1474 de 2011, cumple con el principio de consecutividad, toda vez que uno de los principales objetivos del Estatuto Anticorrupción se refleja en la intención de adoptar medidas tendientes a reducir las prácticas corruptas que atentan contra la salud y la vida de los pacientes.

En cuanto al artículo 22 de la referida ley, el interviniente manifiesta que la norma particulariza el delito de omisión de control que se predica en el sector financiero al sector de salud, con el fin de proteger con más rigor el bien jurídico de los recursos de la salud. Señala que se trata de uno de los tipos penales que la doctrina ha denominado como omisión propia, el cual es de mera conducta, de amenaza y en blanco; las anteriores afirmaciones contrarían los fundamentos de los demandantes, los cuales consideran que dicha norma transgrede el principio de legalidad, debido a que se define un nuevo tipo penal en términos y expresiones totalmente indeterminables.

Por último, el representante de la asociación, considera que artículo de mandado no desconoce la prohibición de aplicar la responsabilidad objetiva en materia disciplinaria, y mucho menos transgrede el principio de cosa juzgada; debido a que contrario a lo señalado por el demandante, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y con ello señaló que la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales de las personas jurídicas privadas y de los miembros de las juntas directivas de las mismas, se establece, dado que de no ser así habría conductas que si bien son disciplinables, no se lo podría atribuir a ninguna persona.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.



Mediante concepto No. 5433 del 07 de septiembre de 2012, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional (i) declarar exequibles los artículos 11 numeral 4 y 22, (ii) declarar inexecutable el artículo 133 y (iii) respecto del artículo 44 de la misma ley, estarse a lo resuelto en la parte resolutive de la sentencia C- 1076 de 2002.

En primer lugar, la Vista Fiscal considera que no es posible afirmar de manera categórica que prohibir a las entidades prestadoras del servicio de salud, en cualquiera de sus modalidades, hacer donaciones a campañas políticas o a actividades que no guarden relación con este servicio, no tenga conexión alguna con la materia de la Ley 1474 de 2011 ni con el propósito específico del artículo 11 de la misma.

De igual forma, el Ministerio Público precisó que si bien el numeral 4 contiene una norma diferente e independiente, la cual aparentemente fue propuesta en el cuarto debate del proyecto de ley, ésta en todo caso guarda una relación clara, específica, estrecha y evidente con el resto de la norma demandada, por lo cual concluye que la misma no resulta contraria al principio de unidad de materia.

El Procurador considera que en el proceso de formación del artículo 133, se observa una circunstancia especial, como lo señalan los demandantes, debido a que dicha norma además que se introdujo al proyecto de ley en el cuarto debate, al hacerlo no se incluyó o siquiera leyó el texto del mismo en la plenaria correspondiente. Por lo tanto al no haberse aprobado texto alguno, sino apenas una propuesta para redactarla posteriormente, dicho artículo transgrede el principio de consecutividad.

En cuanto al artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, sostiene que pese a que el texto de la norma puede generar alguna controversia de carácter hermenéutico, - como señalan los demandantes-, esta razón no es suficiente para asumir que al tipificar como conducta punible el ocultar o encubrir un acto de corrupción u omitir cumplir con alguno o todos los mecanismos de control establecidos, vulnera el principio de tipicidad, el debido proceso o afecte la prestación del servicio de salud. Máxime cuando dichos actos de corrupción son constitutivos de conducta ilegítima, por lo que bien puede el legislador, obrando dentro del marco de su amplia configuración legislativa tipificar dichas conductas.

Por último, el Procurador General de la Nación, indica, que contrario a lo manifestado por los accionantes, el aparte demandado del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 no fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1076 de 2002 sino que en el numeral 16 de la parte resolutive de la aludida sentencia dicha Corporación la declaró executable. Por lo cual frente a este artículo ya se configuró el fenómeno de la cosa juzgada material.

VIII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 Superior, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.



2. Los problemas jurídicos

2.1. De conformidad con lo planteado por los accionantes, los artículos 11 (numeral 4) y 133 de la Ley 1474 de 2011 son contrarios a los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia porque fueron introducidos en el cuarto debate y no guardan relación con lo debatido hasta ese momento. Los intervinientes opinan que tales artículos respetaron los principios de consecutividad y unidad de materia porque existe una relación directa, clara y específica con la temática debatida desde el inicio del trámite legislativo del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, el primer problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional es el siguiente:

¿Las adiciones introducidas en el cuarto debate en la plenaria de la Cámara de Representantes del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1474 de 2011, a los artículos 11 (numeral 4) -que prohíbe a las entidades prestadores de salud hacer donaciones a campañas políticas o actividades que no tengan relación con la prestación del servicio- y 133 - que prohíbe el otorgamiento de prebendas y dádivas a los trabajadores del sector salud-, son contrarias a los principios de identidad flexible, unidad de materia y consecutividad (arts. 157 y 158) al carecer de vínculo temático con los asuntos y materias previamente debatidos?

Adicionalmente, los demandantes afirman que el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011 desconoció el principio de consecutividad, ya que fue votado sin que existiera un texto concreto sobre el cual pronunciarse, por lo que los congresistas no podían saber qué estaban debatiendo y votando y terminaron aprobando un texto inexistente. Este señalamiento es compartido por el Procurador General de la Nación, quien solicita la declaratoria de inexequibilidad del artículo 133 demandado. Por lo anterior, el segundo problema jurídico que le corresponde resolver a la Corte Constitucional es el siguiente:

¿Resulta contrario al principio de consecutividad que la plenaria de la Cámara de Representantes haya aprobado el actual artículo 133 de la Ley 1474 de 2011 en el cuarto debate, porque supuestamente fue votado sin que se presentara una proposición escrita y sin que se leyera el texto de la proposición que sería debatida y votada?

2.2. En relación con el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, los demandantes afirman que tal como fue redactado, viola el principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP), porque es un tipo penal ambiguo que habla de actos de corrupción y de la omisión de los mecanismos de control establecidos para la prevención y lucha contra el fraude en el sector salud, sin que exista una definición del término corrupción, o claridad sobre cuáles son los mecanismos de control a los que hace referencia, por lo que tal indeterminación impide conocer con certeza cuál es la conducta reprochada y a la vez se convierte en un obstáculo para la prestación eficiente del servicio de salud. Por su parte, los intervinientes sostienen que la norma es exequible como quiera que se trata de un tipo penal en blanco cuyo contenido es posible precisarlo en la misma ley o en otras disposiciones legales que definen los mecanismos de control para prevenir el fraude en el sector salud. Con base en lo anterior, el tercer problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional es el siguiente:

¿Resulta contrario al principio de legalidad en materia penal (art. 29 CP) que el legislador haya consagrado en el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011 el tipo penal de omisión de control



en el sector de la salud, sin precisar cuáles son los mecanismos de control a los que hace referencia ni haber definido lo que se entiende por corrupción?

2.3. El último cuestionamiento de los demandantes se dirige contra el inciso final del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, que según los accionantes reproduce un texto declarado inconstitucional en la sentencia C-1076 de 2002. Los intervinientes sostienen que tal reproducción no se produce como quiera que la parte resolutive no declaró inexequible el inciso final del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, sino que condicionó su exequibilidad a que tal responsabilidad estuviera relacionada con el cumplimiento de sus responsabilidades. En consecuencia el cuarto problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional es el siguiente:

¿Resulta contrario al artículo 243 CP. que el legislador haya incluido en el inciso final del artículo 44, el texto original del inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, pese a que dicho texto fue declarado exequible de manera condicionada en el numeral 16 de la parte resolutive de la sentencia C-1076 de 2002?

3. Inexistencia de caducidad de la acción de constitucionalidad frente a vicios de forma

De conformidad con lo que establece el numeral 3 del artículo 242 de la Carta, las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma caducan en un año, contado a partir de la expedición de la norma. En el caso bajo estudio, la Ley 1474 de 2011 fue expedida el 12 de julio de 2011, la demanda de inconstitucionalidad fue radicada en la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 15 de junio de 2012, repartida a la magistrada ponente el 25 de junio de ese mismo año y admitida mediante auto del 10 de julio de 2012.

Lo anterior significa que para la fecha de admisión de la demanda aún no había operado la caducidad de la acción de inconstitucionalidad por vicios de forma. Por lo anterior, la Corte es competente para pronunciarse en relación con los cuestionamientos señalados por los accionantes por vicios ocurridos en el trámite de la Ley 1474 de 2011.

4. Los artículos 11 (numeral 4) y 133 de la Ley 1474 de 2011 frente a los principios de identidad flexible y consecutividad

Con el fin de resolver los dos primeros problemas jurídicos planteados por los demandantes en contra de los artículos 11, numeral 4 y 133 de la Ley 1474 de 2011, la Corte Constitucional recordará brevemente la línea jurisprudencial sobre los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia, revisará el trámite seguido en la aprobación de tales artículos y a continuación resolverá si en los dos casos planteados se vulneraron las reglas que rigen el procedimiento legislativo.

4.1. Breve referencia a la jurisprudencia constitucional sobre los principios de consecutividad e identidad flexible

4.1.1. A partir de la Constitución de 1991 y de las demás las normas que regulan el proceso de formación de las leyes, la Corte ha sostenido que los principios de consecutividad y de identidad flexible, entre otros, rigen el proceso legislativo.



En esta materia, como se verá a continuación, la Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial sólida que evidencia la tensión que genera la exigencia del cumplimiento de las reglas constitucionales del debate parlamentario y el respeto de la deliberación democrática y de la autonomía del Congreso. La resolución de tal tensión debe hacerse con el fin unívoco de lograr que las normas legales sean fruto de una deliberación democrática suficiente, al garantizar la debida conformación de la voluntad de las cámaras, la eficacia del principio de las mayorías y la protección de los derechos de las minorías políticas.

4.1.2. El artículo 157¹ de la Constitución Política de 1991 establece que ningún proyecto será ley de la República sin haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara y, posteriormente, haber sido aprobado en la plenaria de cada corporación legislativa en segundo debate. Son entonces, cuatro los debates que reglamentariamente debe tener toda ley en el Congreso.

A su turno, el artículo 160 de la Carta y los artículos 160, 161 y 162 del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992)² permiten que cada cámara, en plenaria o en comisión, introduzca a los proyectos de ley las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.³ La facultad de las comisiones y las plenarias para alterar los proyectos de ley sometidos a su consideración, exige que se surtan los cuatro debates, sin que necesariamente el texto tenga que tener exactamente el mismo tenor literal durante todos y cada uno de éstos.

Los textos aprobados en cada cámara, por tanto, no necesariamente serán idénticos, caso en el cual, las divergencias deberán resolverse de acuerdo con el artículo 161 de la Carta, mediante una comisión accidental de mediación que deberá conciliar las discrepancias entre los textos aprobados y someter un texto unificado a consideración de las plenarias.⁴ Es claro entonces que las comisiones y

¹ Constitución Política, artículo 157.— “Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: (1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva. (2) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras. (3) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate. (4) Haber obtenido la sanción del Gobierno”.

² Ley 5ª de 1992, artículo 160.— “*Presentación de enmiendas.* Todo Congresista puede presentar enmiendas a los proyectos de ley que estuvieren en curso. Para ello se deberán observar las condiciones siguientes, además de las que establece este Reglamento: (1) El autor o proponente de una modificación, adición o supresión podrá plantearla en la Comisión Constitucional respectiva, así no haga parte integrante de ella. (2) El plazo para su presentación es hasta el cierre de su discusión, y se hará mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Comisión. (3) Las enmiendas podrán ser a la totalidad del proyecto o a su articulado. || Artículo 161. *Enmiendas a la totalidad.* Serán enmiendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto, o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto”. Artículo 162. “*Enmiendas al articulado.* Estas podrán ser de supresión, modificación o adición a algunos artículos o disposiciones del proyecto”.

³ En la sentencia C-702 de 1999 (MP Fabio Morón Díaz SPV Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, y Fabio Morón Díaz; Álvaro Tafur Galvis; José Gregorio Hernández Galindo; SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte consideró que en el segundo debate de cada Cámara puede modificarse o adicionarse el proyecto, pero sí se ha aprobado un texto en el primer debate en la Comisión Constitucional Permanente. Es decir, en el segundo debate puede existir un artículo nuevo bajo la forma de una adición o modificación, siempre y cuando se trate de un asunto o una materia que haya sido objeto de aprobación en primer debate.

⁴ Al respecto ver el artículo 186 y siguientes del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992).



las plenarias pueden agregar al proyecto que se tramita nuevos artículos no considerados en la otra Cámara.

Esta posibilidad de modificar el texto del proyecto de ley a lo largo de su trámite en el Congreso, como lo ha señalado la jurisprudencia,⁵ responde a la visión deliberativa de la democracia que consagra la Constitución de 1991 y el actual Reglamento del Congreso,⁶ de acuerdo a los cuales, las leyes aprobadas por el Congreso de la República deben reflejar la voluntad de la mayoría de los representantes políticos, una vez sean debatidos y confrontados los diversos puntos de vista, en especial los de las minorías.⁷

Ahora bien, esta facultad para introducir modificaciones, adiciones y supresiones a los proyectos de ley debatidos no es ilimitada. Expresamente, la Constitución señala que serán aceptables aquellas

⁵ Ver entre otras, la sentencia C-453 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) En este caso la Corte Constitucional, reiterando su jurisprudencia, decidió que los artículos 4º, 7º, 11, 12, 16, 17, 18 y 19, parágrafo transitorio, no desconocen los principios de *consecutividad* y de *identidad flexible* o *relativa*. Estas normas fueron declaradas exequibles por los cargos analizados. Asimismo, la Corte considero que el artículo transitorio 20 contemplaba un tema nuevo, con autonomía normativa, que fue introducido, sin mediar debate, en el cuarto debate, ante la Plenaria de la Cámara de Representantes. Por ello, fue declarado inexecutable.

⁶ Ley 5ª de 1992, artículo 2º– *Principios de interpretación del Reglamento*. En la interpretación y aplicación de las normas del presente Reglamento, se tendrán en cuenta los siguientes principios: [...] (3) *Regla de mayorías*. El Reglamento debe aplicarse en forma tal que toda decisión refleje la voluntad de las mayorías presentes en la respectiva sesión y consulte, en todo momento, la justicia y el bien común. (4) *Regla de minorías*. El Reglamento garantiza el derecho de las minorías a ser representadas, a participar y a expresarse tal como lo determina la Constitución.

⁷ La Corte Constitucional ha sostenido acerca de la posibilidad que tiene cada Cámara de modificar los textos de los Proyectos de ley durante su trámite: “La actividad legislativa consiste en la facultad reconocida en los regímenes democráticos a los órganos representativos, de regular de manera general, impersonal y abstracta, a través de la ley, los distintos supuestos de hecho relevantes para la obtención de los fines esenciales del Estado. Esta facultad regulatoria, admite una gama amplia de posibilidades, es decir, un mismo supuesto de hecho puede ser regulado de distintas maneras, y la elección de la fórmula precisa que finalmente es recogida en la ley, es fruto de variados factores, como lo son la particular concepción política mayoritaria en el cuerpo legislativo, la influencia del pensamiento de las minorías que propicia fórmulas de conciliación, las circunstancias históricas que ameritan adecuar las formas jurídicas a las especificidades del momento, y otros factores que, como los anteriores, confluyen a determinar las fórmulas de regulación jurídica que resultan ser las finalmente adoptadas. || En los regímenes democráticos, el mecanismo mediante el cual se llega a la formación y determinación de la voluntad del legislador en cada fórmula legal concreta, debe estar abierto a la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentran su espacio en las corporaciones que ostentan esa representación popular. Por ello, las distintas normas que tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso regulan el trámite de la adopción de la ley, están dirigidas a permitir un proceso en el cual puedan intervenir todas las corrientes mencionadas, y en el cual la opción regulativa finalmente adoptada sea fruto de una ponderada reflexión. Por ello se han previsto cuatro debates, dos a nivel de las comisiones del Congreso, y dos a nivel de la plenaria de cada Cámara (Art. 157 C.P.), lo cual permite, de un lado, que las propuestas sean estudiadas y debatidas con la especialidad y puntualidad que ello amerita, y de otro, que todo el universo de las opiniones representadas en el Congreso, tenga la oportunidad real de incidir en la adopción final de ley. También por esto, la posibilidad de introducir modificaciones a los proyectos que vienen de etapas anteriores del trámite, reconocida por el segundo inciso del artículo 160 de la Constitución, es propia de los regímenes que conceden amplia importancia a la efectividad del principio democrático.” Corte Constitucional, sentencia C-760 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda; AV. Jaime Araujo Rentería; SPV Clara Inés Vargas Hernández; SV. Rodrigo Escobar Gil), en este caso la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), por vicios de procedimiento en su formación.



variaciones al texto que se “*juzguen necesarias*” (artículo 160, inciso 2°, CP)⁸ y se refieran a la “*misma materia*”, que “*se relacionen con ella*” (artículo 158, CP).⁹

A partir de las reglas constitucionales y legales que rigen el trámite de las leyes, la jurisprudencia constitucional ha concluido “[...] *que el proceso legislativo se rige por los principios de consecutividad, de identidad flexible y de unidad de materia*”.¹⁰ Dado el nexo funcional que existe entre estos principios, tradicionalmente la jurisprudencia constitucional los ha examinado dentro de una misma categoría,¹¹ aun cuando existen elementos precisos que los diferencian, como se verá a continuación.

4.1.3. El *principio de consecutividad* exige que los proyectos de ley se tramiten en cuatro debates, realizados de manera sucesiva, tanto en comisiones como en plenarias de las cámaras legislativas, salvo las excepciones constitucionales o legales”.¹²

Al respecto, ha señalado la Corte, que, “*la totalidad del articulado propuesto en la ponencia presentada debe ser discutido, debatido y aprobado o improbadado por la comisión constitucional permanente o por la plenaria, según sea el caso. En cuanto a las proposiciones modificatorias o aditivas que se planteen en el curso del debate, así como las supresiones, deben igualmente ser objeto de discusión, debate y votación, salvo que el autor de la propuesta decida retirarla antes de ser sometida a votación o ser objeto de modificaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5ª de 1992. Es preciso que se adopte una decisión y no se eluda la misma respecto de un tema, so pena de que se propicie un vacío en el trámite legislativo que vulnere el principio de consecutividad*.”¹³ La jurisprudencia también ha concluido que el principio de consecutividad exige que el objeto de lo decidido a lo largo de los cuatro debates corresponda al mismo tema, así el sentido de las decisiones sea diferente e, inclusive, contrario.

⁸ Constitución Política, artículo 160, inciso segundo: ‘Durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias’.

⁹ Constitución Política, artículo 158. “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003 por vicios de procedimiento en su formación, entre otros cargos, por cuanto habían sido introducidos al Proyecto de ley por el Senado de la República, luego de haber hecho tránsito en la Cámara de Representantes.

¹¹ Sentencias C-208 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), C-238 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), C-1040 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández), C-724 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), C-856 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). Ver también las sentencias C-044 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-801 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-1056 de 2003.

¹³ Sentencias C-801 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-839 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-1113 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-1056 de 2003 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-1147 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), y C-1152 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), 1092 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-312 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-313 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-370 de 2004 (MPs. Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur Galvis), C-372 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).



En la sentencia C-839 de 2003, se recogieron las subreglas constitucionales deducidas del principio de consecutividad en los siguientes términos:

“(i) Tanto las comisiones como las plenarias deben estudiar y debatir todos los temas que ante ellas hayan sido propuestos durante el trámite legislativo, pues el acatamiento de dicha obligación garantiza el cumplimiento de la regla de los cuatro debates consagrada en el artículo 157 C.P.; (ii) Por lo tanto, ninguna célula legislativa puede omitir el ejercicio de sus competencias y delegar el estudio y aprobación de un texto propuesto en su seno a otra instancia del Congreso para que allí se surta el debate sobre ese determinado asunto; (iii) La totalidad del articulado propuesto para primer o segundo debate, al igual que las proposiciones que lo modifiquen o adicionen, deben discutirse, debatirse, aprobarse o improbarse al interior de la instancia legislativa en la que son sometidas a consideración. Ello con el fin de cumplir a cabalidad el principio de consecutividad en la formación de las leyes¹⁴.

4.1.4. Por su parte, el *principio de identidad flexible* o *relativa* “supone que el proyecto de ley que cursa en el Congreso sea el mismo durante los cuatro debates parlamentarios”, en el entendido que las comisiones y las plenarias de las cámaras pueden introducir modificaciones al proyecto (artículo 160, CP). De conformidad con el inciso segundo del artículo 160 C.P., durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.

A partir de esta previsión constitucional, la Corte ha considerado que el ámbito de validez de la actividad de proposición normativa de las plenarias está delimitado por las materias que hayan sido objeto de deliberación por parte de las comisiones respectivas.

Ahora bien, la jurisprudencia ha sostenido que “*el concepto de unidad temática es amplio en aras de respetar el principio democrático y el margen de configuración del legislador.*”¹⁵ Si las Cámaras del Congreso de la República no tuvieran un margen razonable de libertad para diseñar y construir el ordenamiento jurídico a lo largo del trámite legislativo, una vez se somete un proyecto de ley específico a su consideración, la deliberación carecería de propósito. “*En una visión del procedimiento legislativo en la cual tan sólo importara que cada Comisión y Plenaria diera un visto bueno al texto, quizá tendría sentido tan rígida visión del procedimiento. Pero en un estado social y democrático de derecho, la deliberación es en sí una dimensión fundamental del procedimiento parlamentario. No sólo importa que se apruebe la norma propuesta, es preciso que ello se haya hecho en un contexto de discusión y deliberación.*”¹⁶

En efecto, en la sentencia C-490 de 2011,¹⁷ esta Corporación recordó que:

“el principio de identidad flexible obliga a que si bien la iniciativa debe contar con los cuatro debates reglamentarios, el texto no necesariamente debe ser idéntico en dicho trámite.”¹⁸ Sin

¹⁴ Sentencia C-839 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-453 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-273 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa).

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SPV. María Victoria Calle Correa y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).



embargo, tal posibilidad de modificación de los proyectos durante el segundo debate está sometida a límites, estrechamente relacionados con la preservación de la unidad temática de la iniciativa. En términos de la Corte, el “concepto de identidad”¹⁹ comporta más bien que entre los distintos contenidos normativos que se propongan respecto de un mismo artículo exista la debida unidad temática²⁰. Tal entendimiento permite que durante el segundo debate los congresistas puedan introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias (art. 160 C.P.), siempre que durante el primer debate en la comisión constitucional permanente se haya discutido y aprobado el tema a que se refiera la adición o modificación²¹. Lo anterior implica darle preponderancia al principio de consecutividad, en cuanto es factible conciliar las diferencias surgidas en el debate parlamentario, sin afectar la esencia misma del proceso legislativo²². (...) En este sentido es posible entonces que bajo la forma de adición o modificación se incluya un artículo nuevo. La exigencia que el ordenamiento impone es que el tema específico al que se refiera la modificación o adición haya sido debatido y aprobado durante el primer debate. En ese orden de ideas, es claro que la facultad de introducir modificaciones y adiciones se encuentra limitada pues debe respetarse el principio de identidad, de forma tal que esos asuntos estén estrechamente ligados a lo debatido y aprobado en comisiones^{23,24}.”

En la sentencia C-908 de 2007, la Corte se refirió al contenido específico del mandato de identidad en los siguientes términos:

“en el ámbito del proceso legislativo y en punto al principio de identidad, lo que la Carta exige es que las Cámaras debatan y prueben regulaciones concernientes a las materias de que trata la ley, esto es, que exista identidad en el contenido material de las disposiciones y no que se atengan al contenido de los proyectos y que se abstengan de considerar los distintos desarrollos de que tal contenido es susceptible. De ser así, ligando los temas de las leyes a ese nivel de especificidad, resultaría imposible introducir regulaciones puntuales relacionadas con ámbitos no previstos en los proyectos iniciales. Lo que exige la Carta es que las distintas etapas del proceso legislativo por ella consagrado se agoten en relación con la materia

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SPV. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, AV. Jaime Araujo Rentería).

¹⁹ Sentencia C-702 de 1999 (MP. Fabio Morón Díaz, SPV Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, y Fabio Morón Díaz; Álvaro Tafur Galvis; José Gregorio Hernández Galindo; SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa).

²⁰ Sentencia C-1190 de 2001. También se puede consultar la Sentencia C-950 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño, SV. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett y AV. Alfredo Beltrán Sierra).

²¹ Sentencia C-702 de 1999 (MP. Fabio Morón Díaz, SPV Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, y Fabio Morón Díaz; Álvaro Tafur Galvis; José Gregorio Hernández Galindo; SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa).

²² Ver Sentencia C-1108 de 2001 (MPs. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, SV. Rodrigo Escobar Gil).

²³ Sentencias C-008 de 1995 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y C-809 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-706 de 2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis, SV. Jaime Araujo Rentería y Humberto Sierra Porto, AV. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño).



sometida a regulación pero no que se agoten en relación con cada uno de los puntos susceptibles de abordar en la materia²⁵

“En tal sentido, bajo la impronta del principio de identidad se exige, como fue anotado en sentencia C-614 de 2002, en primer lugar, que en cada debate sólo se discutan aquellos asuntos que han sido considerados en los debates precedentes y, en segundo término, que en caso de realizar modificaciones o enmiendas al proyecto de ley, éstas guarden relación con el discurso temático que ha sido empleado en las etapas anteriores del trámite legislativo.

“En consecuencia, si bien el Congreso de la República es el titular de la facultad de configuración normativa en materia legal, a la hora de introducir modificaciones en los proyectos de ley, el desarrollo de dicha facultad debe ser encauzada dentro de determinados parámetros con el objetivo de asegurar la salvaguarda del texto constitucional. Así las cosas, según fue señalado en la providencia en comentario “la facultad que tienen las cámaras de introducir adiciones o modificaciones no es ilimitada, en tanto que deben respetar el principio de unidad o identidad de materia, de forma tal que esos asuntos estén estrechamente ligados al contenido del proyecto debatido y aprobado en comisiones²⁶. Es decir, tales modificaciones o adiciones deben tener una conexidad clara y específica²⁷, estrecha²⁸, necesaria según se desprende del propio artículo 160 Superior, y evidente.^{29,30}

No obstante el carácter amplio del principio de *identidad flexible* o *relativa*, no es admisible cualquier adición a un proyecto de ley en cualquiera de sus etapas de formación. La Corte ha aceptado que en el segundo debate se puedan incorporar cambios (modificaciones, adiciones o supresiones) al articulado aprobado por la comisión respectiva, que pueden ser incluso considerables, sin que ello implique la inconstitucionalidad de la norma o la necesidad de repetir el debate o votación, a condición de que se respete el principio de identidad flexible. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia lo siguiente,

“(…) no cualquier relación con lo que ha sido debatido en las etapas anteriores basta para que se respete el principio de identidad relativa o flexible. La Corte ha descartado las relaciones ‘remotas’, ‘distantes’, o meramente ‘tangenciales’. Ha insistido la Corte en que la relación de conexidad debe ser ‘clara y específica’³¹, ‘estrecha’,³² ‘necesaria’,³³ ‘evidente’.³⁴

²⁵ Sentencias C-1488 de 2000 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez), C-922 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-950 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-801 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-839 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

²⁶ Sentencias C-801 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-839 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-226 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

²⁷ Sentencia C-307 de 2004 (MPs. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa y Alfredo Beltrán Sierra).

²⁸ Sentencia C-1147 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

²⁹ Sentencia C-753 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra).

³⁰ Sentencia C-908 de 2007 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto)

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-307 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa, Alfredo Beltrán Sierra; SV. Jaime Araujo Rentería; SV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SPV. Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynett y Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso la Corte consideró: “La simple comparación del texto originalmente aprobado y el texto definitivo del proyecto muestra que, sin necesidad de examinar los textos intermedios, no obstante las modificaciones y adiciones que el proyecto recibió a lo largo de

En ocasiones, refiriéndose a leyes, no a actos legislativos, según las especificidades del caso, ha exigido una relación especial de conexidad, al señalar que si la “adición” tiene autonomía normativa propia y no es de la esencia de la institución debatida en las etapas anteriores, entonces la adición es inconstitucional.³⁵

[...] Para la determinación de qué constituye “asunto nuevo” la Corte ha definido algunos criterios de orden material, no formal: (i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente;³⁶ (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central

los debates legislativos, se ha respetado el principio de identidad relativa, por cuanto lo finalmente aprobado tiene una clara y específica relación de conexidad con lo aprobado en el primer debate de manera que puede predicarse la existencia de identidad temática entre el texto definitivo del proyecto y lo inicialmente aprobado en el primer debate en la Comisión Primera del Senado. Las diferencias entre los dos textos obedecen a precisiones técnicas, opciones y alternativas que giran alrededor de un mismo concepto, y que claramente son un desarrollo de la propuesta inicialmente aprobada.”

³² Corte Constitucional, sentencia C-1147 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil; SV. Eduardo Montealegre Lynett; AV. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil). En este caso la Corte consideró que “(...) a propósito del principio de identidad, es entonces claro que un proyecto de ley puede ser objeto de cambios y modificaciones en el transcurso de las diversas etapas parlamentarias, pero sólo en la medida en que dichos cambios y modificaciones se refieran a temas tratados y aprobados en primer debate, sin perjuicio de que también éstos deban guardar estrecha relación con el contenido del proyecto, es decir, respeten igualmente el principio de unidad de materia.” (acento fuera del texto original). Esta posición ha sido reiterada, por ejemplo en la sentencia C-372 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; SV. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis). En la sentencia C-754 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis; SPV. Álvaro Tafur Galvis) la Corte señaló que el principio de identidad relativa no se viola cuando se introducen modificaciones ha de tratarse de ‘asuntos [que] estén estrechamente ligados’.

³³ El segundo inciso del artículo 160 de la Constitución Política señala que durante “el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.”

³⁴ En la sentencia C-753 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra; SV. Jaime Araujo Rentería) se declaró exequible un aparte de el Acto Legislativo N° 01 de 2003 (artículo 15, parcial) adicionado en el séptimo debate por considerar que se trataba de un ‘instrumento necesario’ y con una ‘relación de conexidad evidente’ con el resto de la norma aprobada.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-312 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra; SV. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; AV. Jaime Araujo Rentería) La Corte resolvió declarar *inexequibles* varias expresiones del artículo 44 de la Ley 795 de 2003, mediante la cual se modifica el numeral 5° del artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues consideró que “(...) que el texto final del artículo 44 de la Ley 795 de 2003 en cuanto incluyó la contribución al Fondo de Solidaridad y Garantía y la manera de calcularla en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito es una materia que por sí misma tiene autonomía y relevancia jurídica que no hacen indispensable su inclusión en las cláusulas que de suyo ha de contener el contrato de seguro que se recoge en la póliza correspondiente (...)”.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-801 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), en este caso se examinó los cambios sufridos por el artículo 51 de la Ley 789 de 2003 (jornada laboral flexible), frente al cual el Congreso ensayó distintas fórmulas en todos los debates. El artículo, tal y como fue finalmente aprobado, no hizo parte ni del proyecto del gobierno, ni de la ponencia para primer debate en comisiones. En la ponencia para segundo debate en plenaria de la Cámara fue incluido y aprobado el artículo sobre jornada laboral flexible. En la ponencia para segundo debate en plenaria del Senado, no existía el artículo sobre jornada laboral flexible, pero sí el asunto de la jornada laboral. La comisión de conciliación adopta el artículo sobre jornada laboral flexible y fórmula que es aprobada por las Cámaras. Aun cuando el artículo como tal sólo es aprobado inicialmente en la Plenaria de la Cámara, el asunto sobre la regulación de la jornada laboral si fue aprobado en los 4 debates.

tratada en el proyecto siempre que la adición este comprendida dentro de lo previamente debatido;³⁷ (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico;³⁸ (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema.³⁹ En el ámbito de los actos legislativos, el concepto de asunto nuevo es más amplio porque existe una relación estrecha entre distintos temas constitucionales, dadas las características de la Constitución de 1991. Así, se ha admitido que la adición de un tema de orden orgánico y funcional –un artículo sobre la participación del Ministerio Público en el nuevo sistema acusatorio– guarda relación suficiente con un aspecto sustantivo –las garantías del investigado o acusado en el proceso penal–^{40,41}

La jurisprudencia también ha reconocido la relación que existe entre el principio de unidad de materia y el principio de identidad flexible. Sobre el punto, ha señalado que el principio de unidad de materia “sirve para establecer si durante el trámite del proyecto se ha observado o no el principio de identidad.”⁴² Así pues, si bien “[...] el principio de identidad flexible permite a las comisiones y a las plenarias de cada cámara hacer modificaciones, adiciones o supresiones a los proyectos en curso, [...] en virtud del principio de unidad temática, esos cambios sólo pueden producirse si versan sobre la misma materia general del proyecto.”⁴³

Para determinar si existe esa unidad temática, la Corte ha dicho que debe hacerse el análisis a partir de los temas principales del proyecto, no de un artículo específico.⁴⁴ Por tal motivo la Corte ha

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis; SPV. Jaime Araujo Rentería, AV. Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la Corte resolvió, entre otras cosas, declarar *exequible* el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cargo analizado en la parte motiva de la sentencia.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-920 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil). La Corte declara la inexequibilidad de una disposición. Introducida en el último debate, que constituía un asunto nuevo, sin relación con la materia debatida hasta ese momento.

³⁹ Ver Corte Constitucional, sentencia C-198 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SV. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis).

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-996 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-332 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa; AV. Jaime Araujo Rentería; Jaime Córdoba Triviño; Marco Gerardo Monroy Cabra, y Álvaro Tafur Galvis). En este caso la Corte resolvió declarar inexecutable el artículo 10° del Acto Legislativo 01 de 2003.

⁴² Sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-614 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández). En este caso, la Corte consideró que “(...) como resultado de los debates en segunda vuelta, el proyecto aprobado en la primera puede ser objeto, en primer lugar, de modificaciones que tengan un alcance meramente formal, como cambios en las palabras, o en la redacción. Tales cambios puede afectar también la estructura de un artículo, de tal modo que se fundan en uno solo los contenidos de varios incisos, o, en un proyecto complejo, puede ocurrir que haya intercambio de textos entre distintos artículos. Y puede ocurrir que en ninguno de tales eventos se modifique el contenido de regulación del proyecto. Y así, puede suceder que el inciso que se echa de menos en una disposición se encuentre incorporado en otro de la misma norma, o que el artículo que parece ser nuevo no sea sino el producto de la regulación separada de materias que antes se habían tratado de manera conjunta en una sola norma, etc.”



sostenido que en “[...] *el análisis acerca del cumplimiento de los principios de identidad relativa y de consecutividad, el proyecto se examine en su conjunto, sin que sea posible una consideración aislada de normas para encontrar diferencias en los textos aprobados en los distintos debates, en la medida en que tales diferencias pueden carecer de significación en el contenido de regulación del proyecto mirado como un todo.*”⁴⁵

Siguiendo esta misma jurisprudencia, por ejemplo, la Corte Constitucional decidió en la sentencia C-940 de 2003, a propósito de un problema jurídico similar al analizado en el presente caso,⁴⁶ que cuando una norma legal guarda “*una relación cercana*”, “*una relación temática importante*” con el objeto de la ley de la cual forma parte, no desconoce el principio de identidad flexible.⁴⁷

La Corte ha identificado las reglas que permiten verificar la existencia de unidad temática entre lo debatido y las modificaciones introducidas. Sobre el particular, se ha previsto que “... *el límite para inclusión de modificaciones por parte de las plenarias es su unidad temática con los asuntos previamente debatidos. Por ende, lo que recibe reproche constitucional es la introducción de temas autónomos, nuevos y separables,*”⁴⁸ *que no guarden relación con las materias debatidas en instancias anteriores del trámite. La Corte ha fijado los criterios materiales para determinar en qué caso se está ante la inclusión de un tema nuevo. Al respecto, la jurisprudencia prevé que “(i) un artículo nuevo no*

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-614 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández). Para la Corte, “[c]omo resultado del debate, en cualquiera de sus etapas, pueden presentarse modificaciones que afecten el contenido normativo de las disposiciones de un proyecto, o le incorporen regulaciones complementarias, con la condición de que no comporten cambios esenciales sobre lo que ha sido previamente aprobado.” Por ‘*cambios esenciales*’ dice la Corte en este caso, se entiende modificaciones “(...) en las disposiciones aprobadas, en tal medida significativas, que no permitan afirmar que se trata de modificaciones o adiciones a una iniciativa aprobada con anterioridad, sino que constituyan verdaderas propuestas nuevas, que no habrían recibido los debates reglamentarios y que no habrían sido consideradas en la primera vuelta.”

⁴⁶ En la sentencia C-940 de 2003, entre otros cargos, la Corte Constitucional resuelve el siguiente: “A [juicio del demandante], los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003, que fueron introducidos al proyecto correspondiente durante el primer debate en el Senado de la República sin haber sido considerados antes ni en la comisión permanente ni en la plenaria de la Cámara de Representantes, versan sobre un asunto nuevo que carece de unidad temática con el resto del proyecto que se venía tramitando, por lo cual no podían ser objeto de la actividad de la comisión accidental. Por lo anterior, los mencionados artículos habría sido aprobados si cumplir con el requisito de los cuatro debates parlamentarios a que se refiere el artículo 157 de la Constitución, y con infracción del canon 158 *ibidem*, que exige que los proyectos de ley se refieran a un mismo tema.”

⁴⁷ En la sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte consideró que “(...) la materia de la que versan las normas acusadas sí tienen una relación cercana con aquella que de manera general regula el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que la Ley 795 de 2003 entra a modificar. En efecto, dicho Estatuto establece las directrices generales para la actividad aseguradora en Colombia, la cual se encuentra sujeta a supervisión estatal, ejercida por la Superintendencia Bancaria. Son destinatarias de su regulación las empresas que se organicen y funcionen como compañías o cooperativas de seguros (EOSF art. 38). En tal virtud, no resulta extraño que en una ley que pretende entre otros objetos modificar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se introduzcan presiones relativas a la calidad no aseguradora de cierta actividad, en este caso la prestación de servicios funerarios. En efecto, estima la Corte, la definición del punto sí cobra importancia de cara a la aplicación o no aplicación a dicha actividad de las normas generales que regulan la actividad aseguradora, contenidas precisamente en el mencionado Estatuto. || La jurisprudencia constitucional considera que el principio de unidad de materia pretende alcanzar objetivos de seguridad jurídica sustancial, propiciando normas legales que observen una coherencia material interna, sin embargo la relación de conexidad no puede ser interpretada con tal rigidez que termine por acabar con el principio democrático (...)”.

⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-453/06.



siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente⁴⁹; (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición este comprendida dentro de lo previamente debatido;⁵⁰ (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico;⁵¹ (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema.^{52,53}

De acuerdo con los parámetros y criterios jurisprudenciales expuestos, la Sala evaluara la constitucionalidad de las modificaciones introducidas a los artículos 11 (numeral 4) y 44 de la Ley 1474 de 2011.

4.2. Los artículos 11 (numeral 4) y 133 de la Ley 1474 de 2011, no son contrarios a los principios de identidad flexible y consecutividad.

4.2.1. Contrario a lo que afirman los accionantes, entre los artículos 11 (numeral 4) y 133 existe unidad temática con los asuntos debatidos desde el inicio del trámite legislativo del proyecto de ley 142 de 2010 Senado, 174 de 2010 Cámara “*por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública,*” como se verá a continuación.

4.2.2. En efecto, desde la presentación del proyecto de ley al Congreso por parte del gobierno nacional, el propósito fue combatir el fenómeno de la corrupción en todas sus manifestaciones, para lo cual propuso la adopción de medidas administrativas, penales y disciplinarias para sancionar actos de corrupción públicos y privados, dentro de las cuales incluyó medidas específicas para evitar que recursos del sistema de seguridad social en salud se desviaran, estableció regulaciones generales para hacer más transparente la actividad de lobby o cabildeo, creo organismos especiales para coordinar acciones unificadas en la lucha contra la corrupción, adoptó políticas institucionales y pedagógicas para generar una cultura de legalidad, mejoró las medidas existentes para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública y fortaleció el control fiscal como mecanismo en la lucha contra la corrupción.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-801 de 2003, en este caso se examinó los cambios sufridos por el artículo 51 de la Ley 789 de 2003 (jornada laboral flexible), frente al cual el Congreso ensayó distintas fórmulas en todos los debates. El artículo, tal y como fue finalmente aprobado, no hizo parte ni del proyecto del gobierno, ni de la ponencia para primer debate en comisiones. En la ponencia para segundo debate en plenaria de la Cámara fue incluido y aprobado el artículo sobre jornada laboral flexible. En la ponencia para segundo debate en plenaria del Senado, no existía el artículo sobre jornada laboral flexible, pero sí el asunto de la jornada laboral. La comisión de conciliación adopta el artículo sobre jornada laboral flexible y fórmula que es aprobada por las Cámaras. Aun cuando el artículo como tal sólo es aprobado inicialmente en la Plenaria de la Cámara, el asunto sobre la regulación de la jornada laboral sí fue aprobado en los 4 debates.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-920 de 2001. La Corte declara la inexequibilidad de una disposición. Introducida en el último debate, que constituía un asunto nuevo, sin relación con la materia debatida hasta ese momento.

⁵² Ver Corte Constitucional, sentencia C-198 de 2002.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-490 de 2011.



4.2.3. En la ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República, se destacó como un asunto de especial preocupación, la corrupción en el manejo de los recursos del sector salud, dadas sus implicaciones para la garantía adecuada de este derecho. La ponencia hizo referencia expresa a la adopción de medidas para impedir conexiones ilegales entre los particulares y la Administración Pública, incluidas las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en salud, a través de tipificación de la financiación ilegal de las campañas políticas, así como a través del establecimiento de mecanismos para evitar la complicidad entre quienes realizan las tareas de inspección y vigilancia y sus supervisados. Igualmente se adoptan medidas para prevenir y sancionar de manera expresa los eventos de corrupción y fraude en la salud pública, endureciendo las penas de las conductas que afecten recursos de la salud.⁵⁴

4.2.4. En el articulado presentado a consideración de la Comisión Primera del Senado desde un principio se incluyeron medidas para evitar la financiación ilegal de campañas políticas con recursos públicos, y aunque en el texto debatido tal medida tenía un carácter general, la preocupación también cobijaba la utilización de los recursos para la salud, dada su naturaleza de recursos públicos,⁵⁵ para otros fines. Igualmente, se establecieron mecanismos adicionales de control y vigilancia para el sector salud en todos los niveles por el riesgo de corrupción que enfrentaba el sistema, así como las sanciones de conductas punibles que afectaban los recursos para la salud. Durante el primer debate en comisión varios senadores expresaron su preocupación por los casos recientes de corrupción en

⁵⁴ Gaceta del Congreso 784 de 2010, páginas En la ponencia para primer debate en comisión del Senado, se lee lo siguiente en relación con la corrupción en el sector salud: “A. En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la Administración Pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma. (...) B. En segundo lugar, se ha identificado la necesidad de establecer medidas para impedir las conexiones ilegales entre los particulares y la Administración Pública a través de la financiación ilegal de las campañas políticas. Para este efecto, se prohíbe que quienes financien campañas electorales se beneficien de contratos públicos. (...) D. En cuarto lugar, se quiere evitar la complicidad entre los sujetos que tienen que realizar tareas de inspección y vigilancia y sus supervisados, tales como los encargados de control interno y los revisores fiscales. En este sentido, se toman medidas para evitar que los revisores fiscales sean cómplices de delitos de corrupción, levantando el secreto profesional en esta materia y estableciendo como causal de pérdida de su tarjeta profesional el no denunciar actos de corrupción. (...) E. Por último, se consagra todo un régimen para evitar y sancionar los eventos de corrupción y fraude en la salud pública. En este sentido, se crea un sistema para el control y reporte del fraude y la corrupción en el Sistema de Seguridad Social en Salud similar al que ya existe para el lavado de activos. Adicionalmente, se le da vida a un Fondo Anticorrupción del Sector Salud que permitirá fortalecer la capacidad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y dotará de recursos a la entidad para realizar convenios con la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría para investigar hechos indebidos en el sector. (...) C. Se adicionan dos nuevas circunstancias de agravación a la estafa: una relacionada con recursos públicos y otra con recursos de la salud, por la lesividad que tienen los fraudes que ejecutan los particulares en estos sectores en relación con medicamentos, recobros, certificaciones y relaciones con el Estado. (...) D. Se consagran nuevas conductas punibles relacionadas con la corrupción en el sector privado, es decir, los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares. (...) E. Se agravan las penas de delitos en los cuales se afecten recursos de la salud, por considerarse que en estos eventos no solamente se presenta la afectación concreta de la Administración Pública o el orden económico social, sino que también se está colocando en peligro al propio objeto tutelado de la salud pública.”

⁵⁵ El artículo 48 constitucional proscribire la utilización o destinación de los recursos de las instituciones de la salud para fines diferentes. Los artículos 177 y 178 de la Ley 100 de 1993, señala que las EPS son delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.



el sector salud y la debilidad de los controles a cargo de la Superintendencia de Salud, que ponían en riesgo los recursos públicos de este sector.

4.2.5. En la ponencia para segundo debate ante la Plenaria del Senado, se reconoció que la mayoría de actos de corrupción afectaban los recursos para la salud.⁵⁶ De conformidad con ello, en el proyecto de articulado⁵⁷ se tipificaron conductas específicas tales como la especulación de medicamentos, el agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos, la omisión de control en el sector de la salud,⁵⁸ el peculado por aplicación oficial diferente y el peculado culposo frente a recursos de la salud, entre otras conductas. Igualmente, se resaltó el papel del Fondo Anticorrupción del Sector Salud para fortalecer la capacidad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y la necesidad dotar a esta entidad de recursos para realizar convenios con la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría para investigar hechos indebidos en el sector.

4.2.6. Durante el trámite del Proyecto en la Cámara de Representantes, gobierno reiteró su preocupación por el desvío de los recursos de la salud, para campañas políticas u otros fines.⁵⁹ Esta

⁵⁶ Gaceta del Congreso 1002 de 2010.

⁵⁷ Gaceta del Congreso 1117 de 2010.

⁵⁸ Gaceta 77 de 2010, páginas 17 y 19: *“En este proyecto se incluye, no solamente unas medidas de carácter administrativo sino que también se incluyen unas medidas disciplinarias, se expiden unas medidas penales, en síntesis podríamos decir que en este proyecto se crean unos nuevos delitos, se restringen los beneficios a los condenados, se ajustan las Normas de contratación y una cosa muy importante de destacar en este proyecto es que se ejercerá un mayor control a los recursos previstos para la prestación de los servicios de salud.*

Decía al inicio de mi intervención que una de las quejas más grandes que se ha recibido durante el trámite de este proyecto es que hay que endurecer las penas, endurecer las Normas para controlar los recursos destinados a la salud y lo propio en el tema de la contratación administrativa.

(...)

Una cosa muy importante dentro de este proyecto es la creación del Fondo Anticorrupción para el Sector de la Salud, la queja más grande que uno escucha en todos los niveles de la geografía nacional es precisamente la pérdida de los recursos de la salud.

Entonces aquí no solamente hay que darle más dientes a la Superintendencia, hay que fortalecerla, hay que consagrar una serie de disposiciones, sino que además se crea este fondo anticorrupción para combatir el flagelo de la corrupción, esto tendrá, se nutrirá con los recursos del Presupuesto Nacional, igualmente con las multas que impone la Superintendencia Nacional de Salud.

Igualmente se prevé en este Estatuto quien ponga en venta medicamentos o dispositivos médicos a precios superiores a los fijados por autoridad competente incurrirá en prisión, pues, esa es otra de las problemáticas más grandes que hoy no solamente se entregan medicamentos a precios muy altos, a precios superiores a los que normalmente se despachan al público, sino que además se recurre a la venta de medicamentos que están a punto de vencerse, a punto de que la fecha límite de uso de esos medicamentos pues esté por terminar, entonces yo creo que esta disposición nos va a permitir un mayor control en este tema.

Se agrava igualmente las penas de peculado por apropiación oficial diferente cuando el delito se cometa con recursos destinados para la prestación de los servicios de salud.

⁵⁹ Gaceta del Congreso 179 de 2011, página 16: Intervención del Ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el día 22 de febrero de 2011: *“También quisiera detenerme un momento sobre el tema del sector salud, encontrarán ustedes un conjunto de artículos, que van del artículo 14 control y vigilancia, el 15 sistema de información de riesgo, el administrador del sistema de información, el 17 el fondo anticorrupción exclusivamente para el sector salud y varios artículos además del estatuto, todos orientados a conjurar la corrupción en el sector salud, es asunto que preocupa muy especialmente al Gobierno, un Gobierno que viene disponiendo de más de veintidós billones de pesos anuales, con estos recursos tenemos la impresión de que*



preocupación se reflejó en varias de las modificaciones introducidas al proyecto durante su tránsito en la Cámara de Representantes.

4.2.7. Así, en el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en la sesión del 1º de marzo de 2011, se presentó una modificación al artículo 14 (correspondiente al actual artículo 11 de la Ley 1474 de 2011), propuesto por el Representante Roosevelt Rodríguez en donde se reitera la preocupación por la desviación de recursos de la salud, para fines distintos.⁶⁰

daríamos plena cobertura, garantizaríamos la universalización de la educación a plenitud, si los recursos de la salud en muchos casos no estuvieren cooptados, francamente por la corrupción, por la intermediación de quienes en estos años han visto en el sector, por el monto de los recursos que se manejan, una gran fuente de enriquecimiento ilícito; mucho se discutió también la exclusión de beneficios en los delitos contra la administración pública. Nosotros sí participamos, de que se eliminen los subrogados penales, a lo menos que se reduzcan a lo mínimo y que salvo una colaboración muy eficaz y regulada por la ley que resulte efectiva quienes sean condenados por delitos contra el patrimonio económico no sigan gozando como norma general de la prisión domiciliaria y de muchos otros subrogados que hoy es la regla general, contra quienes se profieren condenas por delitos contra el patrimonio del Estado.”

⁶⁰ Gaceta del Congreso 179 de 2011, páginas 46 y 47: “Continuamos con la proposición para el artículo 14, es una proposición del honorable Representante Roosevelt Rodríguez, el doctor Germán Varón y otros honorables Representantes.

Artículo 14. Control y vigilancia en el sector de la seguridad social en salud.

1. Obligación y control. Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que se generen fraudes en el sistema de seguridad social en salud.

2. Mecanismos de control. Para los efectos del numeral anterior, esas instituciones adoptarán mecanismos y reglas de conducta que deberán observar sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios, con los siguientes propósitos:

a) Identificar adecuadamente a sus afiliados, su actividad económica, vínculo laboral y salario.

b) Establecer la frecuencia y magnitud con la cual sus usuarios utilizan el sistema de seguridad social en salud.

c) Reportar de forma inmediata y suficiente a la Superintendencia de Industria y Comercio cualquier sobre costo en la venta u ofrecimiento de medicamentos e insumos.

d) Reportar de forma inmediata y suficiente al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Inviama la falsificación de medicamentos.

e) Reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) cualquier información relevante cuando puedan presentarse eventos de afiliación fraudulenta o de fraude en los aportes a la seguridad social para lo de su competencia.

f) Los demás que señale el Gobierno Nacional.

3. Adopción de procedimientos. Para efectos de implementar los mecanismos de control a que se refiere el numeral anterior, las entidades vigiladas deberán diseñar y poner en práctica procedimientos específicos y designar funcionarios responsables de verificar el adecuado cumplimiento de dichos procedimientos.

Presidente, se ha leído la proposición avalada para el artículo 14.

(...)

La Presidencia concede el uso de la palabra para una moción de orden a la honorable Representante Adriana Franco Castaño:

Gracias Presidente. Sobre el artículo 14, los ponentes habíamos propuesto un párrafo de conformidad con una proposición que suscribimos, presentada inicialmente por el Representante Humphrey, veo que no está allí, pero que de una vez la sometamos a consideración. Esa fue radicada desde la semana pasada.

La proposición es la siguiente:

Parágrafo. El Gobierno reglamentará la materia en un término no superior a tres meses (3).

Esa fue socializada, aprobada por los ponentes.



4.2.8. En la sesión plenaria de la Cámara de Representantes realizada el 3 de mayo de 2011, se presentó una proposición del Representante Telésforo Pedraza para adicionar el artículo 14 (actual artículo 11 de la Ley 1474 de 2011) con una prohibición de hacer donaciones con recursos de la salud, dirigida a las entidades del sistema de seguridad social en salud, con el fin de evitar la desviación de tales recursos y evitar la financiación ilegal de campañas políticas.⁶¹ Con esta proposición es aprobado el artículo.

4.2.9. En la Plenaria de la Cámara de Representantes, de nuevo se reitera la preocupación por la desviación de los recursos públicos de la salud para otros fines⁶² y se introducen modificaciones al

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Representante Germán Varón Cotrino:

Estamos totalmente de acuerdo, nosotros habíamos presentado esa proposición y está avalada, es una proposición Humphrey Roa y fue avalada por todos los ponentes señor Presidente.

Presidente:

Entonces queda como fue leída, con la adición de declarar un término de tres meses para que el Gobierno reglamente la materia. Continúe señor Secretario.

Secretario:

Con la aclaración, que para el artículo 14 se adiciona el párrafo propuesto por el doctor Humphrey Roa.

⁶¹ Gaceta 643 de 2011, páginas 57 y ss: “Dirección de la Presidencia, doctor Carlos Alberto Zuluaga Díaz: Sobre el artículo número 13, es doctor Varón ¿el 13?, el 12 doctor Telésforo Pedraza.

Intervención del honorable Representante, Telésforo Pedraza Ortega:

Sí señor Presidente, esta proposición que no la presentamos en razón de que esta mañana culminamos estos artículos que han sido presentados por el doctor Varón, que han sido aprobados, o eliminados, y este artículo que estaba pendiente en el nuevo bloque de los que se iban a estudiar, por eso no había presentado esta proposición que dice lo siguiente: Respecto del control y vigilancia en el sector de la seguridad social en salud.

Creo que el país se estremeció en el día de ayer, en otro de los más estruendosos escándalos de corrupción en el sector de la salud, y por eso todo lo que se haga encaminado a vigilar y corregir el rumbo de las instituciones prestadoras del servicio de salud, yo estoy totalmente de acuerdo.

Pero adicionalmente hay algo señor Presidente, qué es lo que me lleva a presentar este nuevo numeral, en el artículo 12 que dice lo siguiente: A partir de la expedición de la presente ley, ninguna entidad prestadora del servicio de salud en cualquiera de sus modalidades, incluidas las Cooperativas, podrán hacer ningún tipo de donaciones a campañas políticas, o actividades que no tenga relación con la prestación del servicio.

Esto señor Presidente, porque tengo serias informaciones de Cooperativas que hoy están siendo investigadas, por mal uso de esos recursos que han sido inclusive multadas, que han destinado recursos y donaciones a las campañas políticas.

De tal manera que estoy presentando señor Presidente este artículo, que me parece que de alguna manera le pone coto, porque lo de la salud debe ser para la salud, y no para las campañas políticas, ni para cualquiera otra actividad.

Dirección de la Presidencia, doctor Carlos Alberto Zuluaga Díaz: Doctor Varón.

Intervención del honorable Representante, Germán Varón Cotrino: Señor Presidente considero conveniente la proposición del doctor Telésforo.

Dirección de la Presidencia, doctor Carlos Alberto Zuluaga Díaz: En consideración el artículo 12 con la proposición, presentada por el doctor Telésforo Pedraza, la aprueba la plenaria de la Cámara.

Secretario, doctor Jesús Alfonso Rodríguez Camargo, informa: Aprobado por unanimidad señor Presidente. (resaltado agregado al texto).

⁶² Gaceta del Congreso 643 de 2011, página 11 “Intervención de la honorable Representante Ángela María Robledo Gómez: (...) Quiero, a mí se me devuelve una reflexión, y yo lo he llamado un poco relaciones peligrosas (...). Creo y es mi reflexión que las distancias entre lo privado y lo público no solamente tienen que parecer, sino ser transparentes, es una reflexión como les decía que dejaba esta mañana y que quiero compartir acá.



proyecto de ley con el fin de fortalecer los controles que ejercía la Superintendencia de Salud y otros organismos sobre los recursos de la salud, se propuso un artículo nuevo (actual artículo 133 de la Ley 1474 de 2011, cuestionado en este proceso), mediante el cual se modificó parcialmente el artículo 106 de la Ley 1438 de 2011, con el fin de mejorar los controles sobre tales recursos.⁶³ Con estas modificaciones fue aprobado el artículo.

Yo respeto profundamente al doctor Santiago Montenegro, por supuesto, pero no entiendo por qué nos tienen que estar invitando a nosotros a participar de su Asamblea, no sé cuál es nuestro papel y que es lo que tenemos que hacer allí, porque cuando viene una ley por eso digo, que nosotros los del Congreso tenemos que cuidarnos de estas relaciones peligrosas.

Acemí, tendrá que venir a explicar lo que está pasando, Acemí tendrá que venir a responder a la investigación que acaba de hacer la Superintendencia de Industria y Comercio, desde la perspectiva de que estaban jugando a la no competencia libre, pero uno también se pregunta ¿qué estaba haciendo, la Superintendencia de Salud? cuando todo esto estaba ocurriendo en el País, ¿qué estaba haciendo la Superintendencia de Salud, cuando es vox populi, lo que pasa, seguramente no con todas las EPS pero sí con muchas de las EPS que están jugando con los recursos públicos de la salud en este país.”

⁶³ Al comparar los cambios introducidos por la Ley 1474 de 2011 al artículo 106 de la Ley 1438 de 2011, se observa una ampliación de los órganos que vigilan los recursos de la salud. Con el fin de mejorar tal control y evitar que se desviran los recursos de salud para fines distintos, el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011, amplía esa competencia a todas las entidades que participan en el control, inspección y vigilancia de las entidades del sector salud y no solo a la Superintendencia de Salud, cuyas debilidades habían sido resaltadas durante todo el trámite de la ley:

Ley 1474 de 2011 (art- 133)	Ley 1438 de 2011
ARTÍCULO 106. <i>PROHIBICIÓN DE PREBENDAS O DÁDIVAS A TRABAJADORES EN EL SECTOR DE LA SALUD.</i> Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.	ARTÍCULO 106. <i>PROHIBICIÓN DE PREBENDAS O DÁDIVAS A TRABAJADORES EN EL SECTOR DE LA SALUD.</i> Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.



4.2.10. Como quiera que entre lo aprobado por el Senado de la República y la Cámara de Representantes existían discrepancias, se designó una comisión accidental de conciliación, que unificó el texto del proyecto de ley, manteniendo las prohibiciones de donaciones con recursos de la salud y de otorgamiento de prebendas y dádivas para funcionarios del sector de salud.⁶⁴ Y con estas modificaciones fue aprobada la Ley 1474 de 2011.

4.2.11. Como puede observarse, si bien las dos modificaciones cuestionadas por los accionantes a los artículo 11 y 133 fueron introducidas durante el cuarto debate del proyecto ante la Plenaria de la Cámara de Representantes, tales modificaciones no corresponden a asuntos nuevos, inconexos y separables del proyecto, sino que entre ellos, las materias y asuntos previamente debatidos tanto en la Comisión Primera de la Cámara, como en el Senado de la República, existe una clara y específica unidad temática, que incluso puede ser calificada de estrecha y necesaria, como quiera que lo que hacen estas dos adiciones es plasmar en detalle medidas concretas para corregir manifestaciones del problema de la corrupción con los recursos de la salud y la afectación de tales recursos públicos, con prácticas tales como la realización de donaciones a campañas políticas, o su desviación para otros fines o la entrega de prebendas o dádivas a los trabajadores de las entidades del sistema de seguridad social en salud.

4.2.12. En esa medida, los congresistas nunca fueron sorprendidos con un tema nuevo o ajeno a la materia objeto de debate, sino que a lo largo de todo su trámite, de manera reiterada, congresistas y gobiernos manifestaron su preocupación por la corrupción que enfrentaba el sector salud, la afectación de los recursos de la salud por estos fenómenos, la necesidad de sancionar de manera más severa, prácticas que ponían en peligro tales recursos, y de fortalecer la capacidad de control, inspección y vigilancia de los órganos de control y de las entidades que vigilaban a las distintas entidades de seguridad social en salud que participan en el recaudo, manejo y destinación de los recursos de salud. Por esta razón, resulta evidente que en la aprobación de tales disposiciones por parte del Congreso de la República se respetaron los principios de identidad flexible y de consecutividad.

PARÁGRAFO 1o. Las empresas o instituciones que incumplan con lo establecido en el presente artículo serán sancionadas con multas que van de 100 a 500 SMMLV, multa que se duplicará en caso de reincidencia. Estas sanciones serán tenidas en cuenta al momento de evaluar procesos contractuales con el Estado y estarán a cargo de las entidades de Inspección, Vigilancia y Control con respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas.	PARÁGRAFO 1o. Las empresas o instituciones que incumplan con lo establecido en el presente artículo serán sancionadas con multas que van de 100 a 500 SMMLV, multa que se duplicará en caso de reincidencia. Estas sanciones serán tenidas en cuenta al momento de evaluar procesos contractuales con el Estado y estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.
PARÁGRAFO 2o. Los trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reciban este tipo de prebendas y/o dádivas, serán investigados por las autoridades competentes. Lo anterior, sin perjuicio de las normas disciplinarias vigentes”.	PARÁGRAFO 2o. Los trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reciban este tipo de prebendas y/o dádivas, serán investigados por las autoridades competentes. Lo anterior, sin perjuicio de las normas disciplinarias vigentes.

⁶⁴ Gacetas del Congreso 311 y 312 de 2011.



4.2.13. Un último punto relacionado con el trámite del artículo 133 de la Ley 1474 de 2011, es el hecho de que supuestamente fue aprobado sin que existiera un texto conocido por los congresistas, esto es con violación del principio de publicidad.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación,⁶⁵ el principio de publicidad es una de las garantías que en virtud del principio democrático no pueden ser desconocidas en el desarrollo del trámite legislativo, en tanto cumple una doble función: 1) permitir tanto a las minorías como a las mayorías la posibilidad de conocer y estudiar los textos sometidos a su consideración y por ende discutirlos previamente a su aprobación; y 2) dar a conocer a la sociedad el contenido de los proyectos de ley. Por esta razón, cuando esta garantía no se respeta, la consecuencia es el desconocimiento no solo del derecho que tienen los congresistas a participar en el debate legislativo para expresar sus opiniones, sino también del derecho que tienen la sociedad a estar informada sobre lo que sus representantes proyectan decidir, con lo cual se resta legitimidad y transparencia a las decisiones que en ese contexto se tomen.

Según los accionantes y el Procurador General de la Nación, la proposición para incluir el actual artículo 133 de la Ley 1474 de 2011 no fue conocida por los congresistas, ni leída durante el debate del día 4 de mayo de 2011, por lo que éstos no sabían qué estaban votando y en esa medida se violó el principio de consecutividad y de publicidad.

No obstante, revisada el acta de esa sesión, así como las anteriores donde se debatieron tanto el informe de la subcomisión como las proposiciones presentadas por los representantes a consideración de la Plenaria, la conclusión es otra. No solamente, la proposición fue leída por el presidente de la subcomisión y ponente, el representante Germán Varón Cotrino, sino que, tal como había ocurrido con la totalidad de los textos propuestos por la subcomisión,⁶⁶ los textos sometidos a consideración de la plenaria habían sido conocidos previamente por los Representantes a la Cámara. En efecto, en la página 51 de la Gaceta 523 de 2011 se lee lo siguiente:

“Dirección de la sesión por la Presidencia, doctor Carlos Alberto Zuluaga: Doctor Varón. **Palabras del honorable Representante Germán Varón Cotrino:** Hay un artículo, que es el 106, y que la subcomisión aprobó presentar una adición, y es el que tiene que ver con la prohibición de prebendas a los trabajadores en el sector de la salud.

Simplemente se le adiciona “y estarán a cargo de las entidades de inspección, vigilancia y control con respecto a los sujetos vigilados por cada de una ellas.”

Quiere de decir esto que no solo en la Superintendencia de Salud sino el Invima en su sector que vigila, que esta prohibición de prebendas de dádivas a los trabajadores en el sector de la salud se presenta.

Dirección de la sesión por la Presidencia, doctor Carlos Alberto Zuluaga: En consideración el artículo leído por el doctor Varón, continúa su discusión, va a cerrarse, queda cerrada ¿Lo aprueba la Plenaria?

La Secretaría General informa, doctor Jesús Alfonso Rodríguez:

⁶⁵ Ver entre muchas otras, las sentencias C-179 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-688 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

⁶⁶ Ver las Gacetas del Congreso No. 179, 180, 181, 496, 523, 643 y 825 de 2011.



Aprobado por unanimidad, señor Presidente”.

4.2.14. En esa medida no se violó el principio de publicidad, y tal como se mostró en la sección precedente, el artículo 133 está estrechamente relacionado con los asuntos previamente debatidos, por lo que no se sorprendió a los congresistas con un asunto nuevo y sin conexión con lo debatido hasta el momento.

4.2.15 Por todo lo anterior, no prosperan los cargos de violación de los principios de consecutividad, identidad flexible, y unidad de materia contra los artículos 11, numeral 4 y 133. En consecuencia, serán declarados exequibles.

5. El artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, frente al principio de legalidad en materia penal.

Para resolver el tercer problema planteado por los accionantes, sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley 1474 de 2011 debido a la ambigüedad e imprecisión de su redacción, la Corte hará una breve referencia al margen de configuración del legislador en materia penal y al alcance del principio de legalidad en tal materia cuando se está ante tipos penales acusados de contener vacíos o imprecisiones que impiden conocer con exactitud cuál es la conducta punible reprochada, y con base en esa doctrina, resolverá el caso concreto.

5.1. El margen de configuración del legislador en materia penal, el principio de legalidad penal y la constitucionalidad de los tipos penales en blanco. Reiteración de jurisprudencia.

5.1.1. La jurisprudencia Constitucional reiteradamente ha sostenido en virtud de la cláusula general de competencia que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Constitución al legislador, que en principio, goza de amplia libertad de configuración para el diseño de la política criminal del Estado, crear las conductas punibles y establecer sus elementos constitutivos, fijar las penas correspondientes, así como el procedimiento para su investigación y juzgamiento, sin que ello implique discrecionalidad absoluta, puesto que debe respetar los derechos constitucionales de las personas en tanto fundamento y límite al poder punitivo del Estado.

5.1.2. En ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede entonces adoptar diversas decisiones, como las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, entre otros, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución.⁶⁷

5.1.3. Dado que los tipos penales se erigen en mecanismos extremos de protección de los derechos,⁶⁸ el margen de configuración del legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales,⁶⁹ a los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos

⁶⁷ Sentencia C-248 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

⁶⁸ Sentencia C-587 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón).

⁶⁹ Sentencias C-125 de 1996 (MP. Jorge Arango Mejía) y C-239 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz. SV. Hernando Herrera Vergara y SV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa), entre otras. En relación con los



ratificados por Colombia,⁷⁰ y al respeto del principio de estricta legalidad,⁷¹ una de cuyas dimensiones es la reserva legal según la cual la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración.

5.1.4. Esta dimensión del principio de legalidad busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo y no de la voluntad individual, de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo. Este principio garantiza que en la elaboración de todas las leyes, y en especial las de carácter penal, se siga un proceso público de debate del cual depende la concepción y el diseño democrático de la política criminal.⁷²

5.1.5. En aplicación del principio de estricta legalidad, esta Corporación ha sostenido (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)⁷³ y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”.⁷⁴ De manera que el legislador está obligado no sólo a definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca,⁷⁵ sino que además debe respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad).⁷⁶

aspectos procedimentales, la Corte ha fijado igual criterio en relación con la iniciación de la investigación penal; ver sentencia C-459 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-404 de 1998 (MPs. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz. AV. Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz; AV. Antonio Barrera Carbonell, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz).

⁷⁰ Sobre el particular ver sentencias C-587 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón); C-404 de 1998 (MPs. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz. AV. Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz; AV. Antonio Barrera Carbonell, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz); C-177 de 2001 (MP. Fabio Morón Díaz).

⁷¹ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte: C-417 de 1993, MP José Gregorio Hernández Galindo; C-597 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero; C-559 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-739 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz; C-333 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, C-710 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño, donde se examina si la remisión del legislador penal a normas dictadas por el ejecutivo como mecanismo para completar el sentido de un tipo penal en blanco es contrario a la Carta.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia C- 559 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁷³ Sentencia C-996 de 2000 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

⁷⁴ Sentencias C-996 de 2000 (MP. Antonio Barrera Carbonell); C-177 de 2001 (MP. Fabio Morón Díaz), entre otras.

⁷⁵ Sentencias C-559 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-843 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa); C-739 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz); C-1164 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); C-205 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SV. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra); C-897 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda. AV. Rodrigo Escobar Gil).

⁷⁶ Sentencia C-796 de 2004 (MP. Rodrigo escobar Gil. SPV. Alfredo Beltrán Sierra y SV. Álvaro Tafur Galvis). Ver además, las sentencias C-226 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis. AV. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett); C-205 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández. SV. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra); C-897 de 2005 (Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Rodrigo Escobar Gil y AV. Jaime Araújo Rentería); C-335 de 2008 (Humberto Antonio Sierra Porto. SV. Jaime Araújo Rentería); C-417 de 2009 (Juan Carlos Henao Pérez. SV. Manuel Urueta); C-575 de 2009 (Humberto Antonio Sierra Porto. SV. Mauricio González Cuervo); C-853 de 2009 (Jorge Iván Palacio Palacio); C-442 de 2011 (Humberto Antonio Sierra Porto. SV. María Victoria Calle Correa), C-121 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), C-365 de 2012 (MP. Jorge Iván Pretelt Chaljub), C-713 de 2012 (MP: Mauricio González Cuervo).



5.1.6. No obstante lo anterior, la Corte también ha aceptado que esta reserva legal no impide que el legislador, de manera excepcional, remita a otras normas tanto de carácter legal como reglamentario al definir los elementos de un tipo penal. La validez constitucional de los tipos penales en blanco, está supeditada en todo caso a que los contenidos con los cuales se hace la integración normativa, permitan establecer de manera previa, clara e inequívoca cual es la conducta punible que sanciona la ley penal.⁷⁷ Así lo sostuvo en la sentencia C-739 de 2000:⁷⁸

“(…) en nada contraría el ordenamiento superior el hecho de que el legislador recurra a esta modalidad de tipo penal [el tipo penal en blanco], siempre y cuando verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan efectivamente al intérprete, específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible, esto es, para realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos que exige la plena realización del principio de legalidad.”

5.1.7. En la sentencia C-121 de 2012, la Corte sistematizó de la siguiente manera la línea jurisprudencial que soporta la constitucionalidad de los tipos penales en blanco:

*Esta Corporación ha definido un tipo penal en blanco como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal. Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana⁷⁹ ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, **siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente**⁸⁰.*

13. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de

⁷⁷ Ver, entre otras, las sentencias Corte Constitucional, C-739 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz, donde la Corte aceptó la validez constitucional del tipo penal en blanco “*siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa*”; C-559 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte afirmó: “*“Los tipos penales en blanco son a veces criticados por algunos sectores de la doctrina que consideran que no representan la mejor técnica legislativa y generan inseguridad jurídica, lo cual es particularmente grave en materia penal. Sin embargo, esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente.”*

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-739 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz, ya citada.

⁷⁹ Sentencias C-605 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araujo Rentería), C-1490 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz. AV. Martha Victoria Sánchez), C-599 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), C-559 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa), entre otras.

⁸⁰ Sentencia C-559 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa).



*preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado*⁸¹.

*También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues “... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el “tipo penal”, momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia”*⁸².

13.1. En todo caso, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Según se señaló en la sentencia C-605 de 2006, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.

(...)

16. En conclusión, la jurisprudencia ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente.

⁸¹ En esa línea la sentencia C-605 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araujo Rentería), señaló: “(...) se permite que la disposición que complementa el tipo penal básico se expida con posterioridad a éste, pero se exige la existencia de la norma de complemento para la conformación final del tipo penal. En otros términos, la existencia de la norma de complemento del tipo penal en blanco es requisito de configuración definitiva del tipo penal integrado. Sólo de dicha manera se garantiza la previsibilidad de las circunstancias punibles y de la sanción penal y sólo así se efectiviza el principio del debido proceso que garantiza que nadie sea juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Este requisito permite que la norma penal se complete de manera definitiva antes de que el ciudadano o el juez ajusten su conducta a lo dispuesto por ella.”

⁸² Sentencia C-605 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araujo Rentería).



En el caso bajo estudio, los accionantes sostienen que el tipo penal de omisión de control en el sector salud es un tipo penal impreciso que desconoce el principio de estricta legalidad. Pasa la Corte a examinar este punto.

5.2. El artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, es un tipo penal en blanco que respeta el principio de estricta legalidad

5.2.1. Dos son las supuestas imprecisiones en que incurre el legislador penal en el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011 según los demandantes: 1) porque habla de actos de corrupción, sin que exista una definición del término corrupción, y 2) porque penaliza la omisión de cualquiera de los mecanismos de control establecidos para la prevención y lucha contra el fraude en el sector salud sin que exista claridad sobre cuáles son los mecanismos de control a los que hace referencia.

5.2.2. Antes de examinar las supuestas imprecisiones, es necesario analizar el alcance del tipo penal bajo estudio. De conformidad con lo que establece el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, se adiciona el Título IX del Código Penal que protege la fe pública, con el delito de omisión de control en el sector salud.

Esta conducta debe ser realizada por un sujeto activo cualificado: *“el empleado o director de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud,”* la conducta reprochada es la *“omisión en el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud.”*

Sin embargo, no toda omisión en el cumplimiento de los mecanismos de control para prevenir el fraude tipifican la conducta, porque el tipo penal descrito contiene además un elemento subjetivo: tal conducta debe realizarse *“con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción.”* Se trata por lo tanto de una conducta dolosa, ya que requiere un incumplimiento voluntario, no de uno que haya sido fruto de un error o culpa.

Adicionalmente, no todas las razones para omitir un trámite o mecanismo específico son penalizadas por el artículo 22 en estudio, solo la omisión que se realiza con la intención de encubrir un acto contrario a la ley: un acto de corrupción. En esa medida no está cobijada, por lo tanto, la omisión o supresión de trámites innecesarios, para hacer más eficiente la prestación del servicio de salud.

Cuando se cumplen todos estos elementos, al sujeto activo de esta conducta se le impondrá la pena prevista para el artículo 325 de la Ley 599 de 2000.

5.2.3. En cuanto al alcance de la expresión *“acto de corrupción,”* no es cierto, como lo afirman los demandantes, que la misma ley no contenga una definición de lo que significa corrupción. De hecho en el artículo 16 de la Ley 1474 de 2011, define la corrupción privada, como un acto mediante el cual una persona *“directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella.”* Igualmente, la Ley 1474 de 2011 se refiere en sus artículos 2, 3, y 13 a 33 a un conjunto de conductas punibles contra la Administración Pública, consideradas como actos de corrupción, dentro de las cuales se encuentran la gestión de intereses privados por parte de ex servidores públicos en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que ejercía dentro de los 2 años siguientes



a su retiro del cargo; la celebración de contratos con entidades públicas, incluso descentralizadas, del mismo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato financiado por el contratista; la celebración de contratos de interventoría con la misma entidad con la que se tuvo un contrato de obra, concesión o suministro, los delitos contra la administración pública relacionados con corrupción, la estafa sobre recursos públicos y en el sistema de seguridad social, la corrupción privada, la administración desleal, la utilización indebida de información privilegiada, la especulación de medicamentos y dispositivos médicos, el agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos, la evasión fiscal, el peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, el peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral, el fraude de subvenciones, los acuerdos restrictivos de la competencia, el tráfico de influencias de particular, el enriquecimiento ilícito, y el soborno transnacional, entre otras conductas.

Por si esto no fuera suficiente, existen al menos otras dos disposiciones legales que definen lo que se considera corrupción. En primer lugar, está la Ley 412 de 1997, mediante la cual se incorporó a nuestro ordenamiento la convención interamericana contra la corrupción, definió en su artículo VI la corrupción como la realización de cualquiera de las siguientes conductas:

“ARTICULO VI. ACTOS DE CORRUPCION.

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*
 - b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*
 - c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;*
 - d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y*
 - e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.*
- (...)”.*

En segundo lugar, mediante la Ley 970 de 2005 se incorporó a nuestro ordenamiento la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, si bien no se hace una definición de lo que significa corrupción, si establece condiciones de transparencia, legalidad, y celeridad en el ejercicio de las funciones públicas y en la interacción entre los particulares y el estado como condiciones necesarias para prevenir actos corruptos. Al hacer la revisión de esta Convención, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:



*“Así, la justificación misma del Estado Social de Derecho pasa, entre otros aspectos, por la sujeción de la actuación de sus autoridades a los principios de legalidad, objetividad y debida utilización de los recursos públicos. Por lo tanto, las actuaciones venales, **la concesión de ventajas indebidas dentro de los procedimientos estatales, el ocultamiento de información a los ciudadanos y la restricción de los legítimos espacios de participación ciudadana en la administración, entre otras conductas**, son incompatibles con las previsiones constitucionales que propugnan por la protección del interés general como base misma del Estado. Así, ante la grave afectación que los actos de corrupción irrogan a bienes jurídicos intrínsecamente valiosos en tanto están estrechamente relacionados con principios y valores constitucionales, toda actuación que tenga por objeto la prevención del fenómeno es, no sólo acorde a la Carta, sino también una vía adecuada y necesaria para la realización de las finalidades del aparato estatal.*

No puede perderse de vista, adicionalmente, los elementos innovadores que contiene la Convención, relacionados con la extensión de la prevención de los actos de corrupción al ámbito privado y el reforzamiento de la participación ciudadana en esta labor. Acerca del primer aspecto, es evidente que el instrumento internacional reconoce, a juicio de la Corte de forma acertada, que el tratamiento de la corrupción resulta incompleto si no incorpora medidas adecuadas y suficientes que garanticen las buenas prácticas de las empresas que interactúan permanentemente en la actividad estatal. La experiencia demuestra que distintos escenarios de la función pública, como es el caso de la contratación, resultan con frecuencia relacionados con actos de corrupción ocasionados, la mayoría de las veces, por la ausencia de controles efectivos a la actuación de los particulares que concurren en tales procesos. En consecuencia, las previsiones de la Convención que introducen la posibilidad que los Estados Parte incorporen en sus legislaciones mecanismos de control contable, códigos de buenas prácticas comerciales y transparencia en el manejo de la información están en plena armonía con los principios que gobierna el ejercicio de la función administrativa.

En relación con la segunda materia, basta señalar que el fortalecimiento de la participación en las decisiones que afectan a los ciudadanos, en cuanto derecho fundamental y fin esencial del Estado, es un presupuesto ineludible del modelo constitucional vigente. Así, las disposiciones del tratado pretenden otorgar soporte jurídico internacional al instituto de la veeduría ciudadana, el cual ya ha sido implementado para el caso del derecho interno. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha expuesto argumentos suficientes sobre la relación entre ese instrumento y la eficacia de la democracia participativa”⁸³.

Por tanto, contrario a lo afirmado por los demandantes, si bien el tipo de omisión de control en el sector salud no contiene en sí mismo la totalidad de las definiciones de los elementos normativos del tipo, el contenido de la expresión “*corrupción*,” se encuentra tanto en la misma Ley 1474 de 2011, como en otras normas de carácter legal que han definido actos de corrupción. Por lo que no se está ante un aspecto oscuro e impreciso que no permita discernir cuál es la conducta reprochada penalmente.

⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-172 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño, SV: Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra).



5.2.4. En cuanto al alcance de la expresión “*los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud*,” éste también puede ser discernido de una lectura sistemática de la Ley 1474 de 2011, así como de otras disposiciones de carácter legal que regulan el servicio de salud y establecen los ámbitos de control de la Superintendencia de Salud: las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

En la Ley 1474 de 2011, el artículo 11 hace referencia a los mecanismos de control y vigilancia; y el artículo 12, señala cuál es el sistema preventivo de prácticas financieras riesgosas y de atención en el sistema general de seguridad social en salud. Por su parte la ley 1122 de 2007, en sus artículos 39 y 40⁸⁴ señala los objetivos de la vigilancia, inspección y control que ejerce la Superintendencia de

⁸⁴ Ley 1122 de 2007, Artículo 39. *Objetivos de la superintendencia nacional de salud.* La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control, desarrollará, además de los señalados en otras disposiciones, los siguientes objetivos: || a) Fijar las políticas de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud; || b) Exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud; || c) Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo; || d) Proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud; || e) Velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presión o condicionamiento frente a los profesionales de la medicina y las instituciones prestadoras de salud; || f) Velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud; || g) Evitar que se produzca el abuso de la posición dominante dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud; || h) Promover la participación ciudadana y establecer mecanismos de rendición de cuentas a la comunidad, que deberá efectuarse por lo menos una vez al año, por parte de los actores del Sistema.

Artículo 40. *Funciones y facultades de la superintendencia nacional de salud.* La Superintendencia Nacional de Salud, además de las funciones y facultades ya establecidas en otras disposiciones, cumplirá dentro del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control, las siguientes: || a) Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la Ley 100 de 1993; || b) Inspeccionar, vigilar y controlar que las Direcciones Territoriales de Salud cumplan a cabalidad con las funciones señaladas por ley, conforme a los principios que rigen a las actuaciones de los funcionarios del Estado, e imponer las sanciones a que haya lugar. En virtud de la misma potestad mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan en las entidades territoriales de salud, cuando se evidencia la vulneración de dichos principios; || c) Con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, señalará los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia; || d) Introducir mecanismos de autorregulación y solución alternativa de conflictos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; || e) Ejercer la competencia preferente de la inspección, vigilancia y control frente a sus vigilados, en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los demás órganos que ejercen inspección, vigilancia y control dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando el ejercicio de la ética profesional, la adecuada relación médico paciente y el respeto de los actores del sistema por la dignidad de los pacientes y de los profesionales de la salud; || f) Sancionar en el ámbito de su competencia y denunciar ante las instancias competentes las posibles irregularidades que se puedan estar cometiendo en el Sistema General de Seguridad Social de Salud; || g) Vigilar, inspeccionar y controlar que se cumplan los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y aplicación del gasto social en salud por parte de las Entidades Territoriales; || h) Vigilar que las Instituciones aseguradoras y prestadoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud adopten y apliquen dentro de un término no superior a



Salud. A su turno, el Título VII de la Ley 1438 de 2011, precisa las funciones de control, inspección y vigilancia a cargo de esta Superintendencia. Por su parte, el Decreto 1018 de 2007, expedido en desarrollo de las facultades reglamentarias del Presidente de la República, precisó las funciones de control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Salud, los ámbitos de control y los procedimientos a seguir.

Por lo tanto, si es factible discernir cuáles son los mecanismos que al ser omitidos darían lugar a la tipificación de la conducta punible, como quiera que tanto la Ley 1474 de 2011, como las demás normas legales que establecen los mecanismos para controlar el manejo de los recursos de la salud por las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en salud, permiten conocer con precisión, cuál es la conducta penalmente reprochada.

En esa medida, no prosperan los cargos contra el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, por supuesta violación del principio de estricta legalidad, y en consecuencia será declarado exequible.

6. El inciso final del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 y la ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada constitucional por la reproducción de un texto previamente declarado inexequible.

Según los accionantes el inciso final del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 reprodujo un texto declarado inconstitucional en la sentencia C-1076 de 2002. Con el fin de resolver el cuarto y último problema jurídico planteado, la Corte recordará la jurisprudencia sobre cosa juzgada material y examinará si en el caso concreto se produjo la reproducción prohibida por el artículo 243 de la Carta.

6.1. La prohibición de reproducción material de contenidos normativos declarados inexequibles. El fenómeno de la cosa juzgada constitucional material.

El inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política establece lo siguiente:

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

De conformidad con la disposición constitucional citada, para determinar si se está en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos:

1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexequible.
2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el *contenido material* del texto

seis (6) meses, un Código de conducta y de buen gobierno que oriente la prestación de los servicios a su cargo y asegure la realización de los fines de la presente ley; || i) Autorizar la constitución y/o habilitación y expedir el certificado de funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado; || j) Las demás que conforme a las disposiciones legales se requieran para el cumplimiento de sus objetivos. ||

Parágrafo. Para el cumplimiento de su función de inspección y vigilancia, la Superintendencia Nacional de Salud podrá contratar la realización de programas o labores especiales con firmas de auditoría.”



demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.⁸⁵

3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la “reproducción” haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutableidad no debe haber reposado en un vicio de forma.
4. Que subsistan *las disposiciones constitucionales que sirvieron* de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexecutableidad.⁸⁶

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental.

Ahora bien, la concurrencia de estos cuatro elementos debe ser analizada por la Corte caso por caso, puesto que cada uno de ellos exige de un proceso de interpretación encaminado a precisar si se cumplen los supuestos establecidos en la Constitución.

Por ello, pasa la Corte a examinar si el inciso final del artículo 44 de la Ley 1474 es una reproducción del contenido material del artículo inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, declarado executable de manera condicionada en la sentencia C-1076 de 2002, así como a analizar las razones que sirvieron de fundamento a dicho fallo.

6.2. La inexecutableidad previa

En la sentencia C-1076 de 2002, la Corte declaró executable de manera condicionada la expresión “*cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva,*” contenida en el inciso 2 del artículo 53 de la Ley 734

⁸⁵ Ver entre otras las sentencias C-427 de 1996. (MP: Alejandro Martínez Caballero), donde la Corte señaló que el fenómeno de la cosa juzgada material se da cuando se trata, no de una norma cuyo texto normativo es exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino cuando los contenidos normativos son iguales.

⁸⁶ En la sentencia C-447/97, MP. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte sostuvo que “la cosa juzgada material no debe ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente. Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica - pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. (...) Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.”



de 2002, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales, por considerar que la expresión cobijaba conductas que estaban fuera del ámbito de las funciones del representante legal y de los miembros de la Junta, que podrían dar lugar a una responsabilidad objetiva, proscrita por la Constitución.

Con base en esas consideraciones, la Corte resolvió lo siguiente:

“[...] 16. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva*, contenida en inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales”.

A pesar de que se trata de una decisión modulada, (una exequibilidad condicionada), no es cierto como afirman varios intervinientes que la norma hubiera sido declarada exequible de manera pura y simple, sino que dada la inconstitucionalidad detectada, la Corte optó por modular los efectos de esa declaratoria, para declarar inexecutable unos sentidos normativos y mantener en el ordenamiento el único contenido normativo compatible con la Constitución: el que restringía la responsabilidad disciplinaria del representante legal y de los miembros de la Junta Directiva, a las faltas imputables por el incumplimiento de sus deberes funcionales. Todos los demás sentidos normativos fueron expulsados del ordenamiento legal. En esa medida se cumple el primero de los requisitos de la cosa juzgada material.

6.3. La identidad de contenidos normativos entre el inciso final del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 y el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002

Al comparar el texto cuestionado y el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, es posible evidenciar la identidad entre uno y otro texto. Se subraya el texto cuestionado para mayor claridad:

<u>Ley 1474 de 2011</u>	<u>Ley 734 de 2002</u>
<p>ARTÍCULO 44. SUJETOS DISCIPLINABLES. artículo 53 de la ley 734 de 2002, quedará así: <i>El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.</i></p> <p><i>Se entiende que ejerce función pública a todo particular que, por disposición legal, administrativa, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permite</i></p>	<p>Artículo 53. Sujetos disciplinables.</p> <p><i>El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas, presten servicios públicos a cargo del Estado o los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos públicos, este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.</i></p>



<u>Ley 1474 de 2011</u>	<u>Ley 734 de 2002</u>
<p><i>cumplimiento de los cometidos estatales, como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras, por las manifestaciones, cada vez que ordene o se le atribuyan conductas, expida actos unilaterales o ejerce poderes coercitivos.</i></p> <p><i>Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, o las rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas destinan para su utilización con fines específicos.</i></p> <p><i>No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en el ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resulten destinatarios de las normas disciplinarias.</i></p> <p><i>Cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad disciplinaria será exigida del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.</i></p>	<p><u><i>Cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad disciplinaria será exigida del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.</i></u></p>

En los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, el legislador, sin distinguir si se trata de personas naturales o jurídicas, define cuándo se entiende que un particular ejerce funciones públicas y cuándo se considera que administra recursos públicos, a fin de determinar si éste es un sujeto disciplinable. Al hacer referencia a las personas jurídicas en el inciso 6, se establece la responsabilidad disciplinaria en el caso de las personas jurídicas, centrando esa responsabilidad en los representantes legales y en los miembros de la junta directiva de entidades que manejan recursos públicos, sin precisar las circunstancias que generan un vínculo entre la actividad del representante legal o del miembro de la junta y la conducta que se le imputa para que pueda ser considerado un sujeto disciplinable.

Observa la Corte que a pesar de las precisiones introducidas por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, el sentido normativo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas en materia disciplinaria es idéntico a la norma original del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y por lo mismo, constituye una reproducción del inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, por lo que se cumple el segundo de los elementos señalados por la jurisprudencia de la Corte.



6.4. Las razones de fondo que llevaron a la declaratoria de exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 53 de la ley 734 de 2002 en la sentencia C-1076 de 2002

El tercer elemento señalado por la jurisprudencia para determinar si hay una violación del artículo 243 de la Carta, es que exista un pronunciamiento previo de inconstitucionalidad por razones de fondo. En el asunto bajo revisión, ese pronunciamiento es la sentencia C-1076 de 2002.

En esa oportunidad, los demandantes cuestionaron el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 por considerar que transgredía “*el principio de individualización de la responsabilidad y de la pena, toda vez que la responsabilidad exigible de la persona jurídica, por la comisión de una falta es trasladada sin ninguna formula o juicio al gerente o director de ésta, para que sea objeto de sanción por un hecho ajeno.*”⁸⁷

La Corte consideró que era contrario a los artículos 6 y 29 de la Constitución que la norma no precisara los actos por los cuales podría ser disciplinado el representante legal o los miembros de la junta directiva de una persona jurídica que administrara recursos públicos, pues de esa forma se abría la puerta a una forma de responsabilidad objetiva, proscrita en la Carta. La Corte recordó que la responsabilidad penal y disciplinaria de particulares y funcionarios es siempre subjetiva y en esa medida no era posible trasladar de manera directa la responsabilidad de una persona jurídica a su representante legal o a los miembros de la junta directiva, sin violar el artículo 29 Superior.

Sobre el particular dijo expresamente en la sentencia C-1076 de 2002 lo siguiente:

El inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002 alude al tema de la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales o los miembros de las juntas directivas, por actuaciones de la persona jurídica. Considera la Corte que esta disposición no vulnera la Carta Política, bajo el entendido que la falta disciplinaria les fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales, por las razones que pasan a explicarse.

[...]

Una interpretación histórica de la disposición demandada señala que fue la voluntad del legislador establecer un régimen disciplinario especial para los particulares, abarcando aquellos que por el rol o papel que desempeñan, deberían entrar a responder por las actuaciones imputables a las personas jurídicas que dirigen:

“Según el proyecto, los destinatarios de este régimen son los representantes legales, los gerentes o sus equivalentes, los revisores fiscales y los miembros de las juntas directivas de las entidades sin ánimo de lucro que reciban o administren recursos del Estado a cualquier título; de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía residencial, gas y recolección, transporte y disposición final de desechos; de las entidades vinculadas al sistema general de salud; los notarios, conciliadores, árbitros y jueces de paz; los

⁸⁷ Sección 11, de los considerandos de la sentencia C-1076 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández)



*representantes legales y los miembros de las juntas directivas de las cámaras de comercio; los curadores urbanos; los interventores de los contratos estatales; los jurados de votación, y los demás particulares que por mandato legal ejerzan funciones públicas”.*⁸⁸

2. Responsabilidad disciplinaria del representante legal y de los miembros de la junta directiva.

El establecimiento de un régimen disciplinario especial para el representante legal y los miembros de la junta directiva de las personas jurídicas a las que alude el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, parte del artículo 6 del Estatuto Superior, en virtud del cual los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la Constitución y las leyes, mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que en esos mismos ordenamientos expresamente se les atribuye.

En tal sentido el artículo demandado establece como sujetos disciplinables a un grupo concreto de particulares: 1) los que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; 2) quienes ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas; 3) los encargados de prestar servicios públicos de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución⁸⁹ y 4) administren recursos estatales. Se establece, de igual manera, la siguiente excepción: las empresas de economía mixta que rijan por el régimen privado. A renglón seguido, el legislador dispone que cuando alguno de esos particulares sea una persona jurídica, la responsabilidad disciplinaria le será exigible al representante legal de la misma o a los miembros de su junta directiva.

Posteriormente, en el capítulo segundo del Título I “Régimen de los particulares”, el legislador estableció un conjunto de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses para este grupo determinado de particulares disciplinables; de igual manera, en el capítulo tercero, se previó un catálogo de faltas gravísimas, las sanciones a imponer y la graduación de las mismas.

*Este novedoso régimen disciplinario para determinados particulares presenta, como uno de sus fundamentos, la Ley 489 del 29 de Diciembre de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”, en especial su Capítulo XVI, donde se regula lo referente al ejercicio de funciones administrativas por los particulares, las cuales, en virtud del artículo 3 de la misma ley deberán ser desarrolladas conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. **Precisamente con el fin de que tales principios sean respetados por los particulares es que la Ley 734 de 2002 establece la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales de las personas jurídicas privadas y de los***

⁸⁸ Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24

⁸⁹ Servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.



miembros de las juntas directivas de las mismas, dado que de no ser así habrían conductas que si bien son disciplinables, no se les podrían atribuir a ninguna persona.

En este orden de ideas, también es importante remitirse al artículo 74 de la citada ley, a cuyo tenor:

“Calidad de los miembros de los consejos directivos. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.

En este orden de ideas, la Corte considera que una interpretación sistemática de la Ley 734 de 2002, arroja como resultado que realmente no se imponen sanciones disciplinarias como tales a las personas jurídicas sino a las personas naturales que ejercen como representantes legales de éstas o a quienes son miembros de su junta directiva, en los términos del artículo 56 de la citada ley.

No es cierto, en adición, lo planteado por el accionante, en cuanto a que la responsabilidad exigible de la persona jurídica es trasladada sin ninguna fórmula o juicio al gerente o director de ésta, toda vez que la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales y miembros de la junta directiva, no se puede entender como una responsabilidad objetiva. La persona a quien se le adelanta una acción disciplinaria, podrá en el transcurso del proceso, ejercer su derecho de defensa, controvertir las pruebas, desvirtuar los hechos que le son imputados y alegar causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Además, el establecimiento de un régimen disciplinario especial para los representantes legales y los miembros de las juntas directivas de determinadas personas jurídicas, con la prevención de unas determinadas faltas disciplinarias, **se enmarca en los fines de esta disciplina jurídica, cual es garantizar el cumplimiento de unos deberes funcionales, y en tal sentido debe comprenderse el sentido del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.**

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión **Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva, contenida en inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.**”(Resaltado agregado al texto).

Del texto transcrito, se observa que la *ratio decidendi* que llevó a la Corte a considerar que algunos de los sentidos normativos del inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 conducían a crear una forma de responsabilidad objetiva, contraria al artículo 29 Superior, se basó en motivos de fondo y no en vicios de forma, respondiendo a un cargo semejante al señalado por los actores en el presente proceso.



6.5. Subsistencia de las disposiciones constitucionales que sirvieron de referencia en la sentencia C-1076 de 2002

Tal como se anotó en el numeral anterior, el fundamento para la declaratoria de exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 53 de la ley 734 de 2002, se encontró en los artículos 6 y 29 del ordenamiento superior. Según el artículo 6 de la Carta, los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la Constitución y las leyes, mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que en esos mismos ordenamientos expresamente se les atribuye, disposición a partir de la cual, junto con lo previsto en el artículo 29 Superior, se ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva. Tales disposiciones constitucionales subsisten en el actual texto constitucional.

En este caso, por razones de pedagogía constitucional, se recordarán otros apartes de la sentencia C-1076 de 2002, en los que se hace referencia a la sentencia C-055 de 2002, que confirman la proscripción constitucional a toda forma de responsabilidad objetiva. Dijo entonces la Corte:

“La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

*Es decir, **que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recae”***⁹⁰. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado, al disponer que “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que “el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado”⁹¹.

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la

⁹⁰ Sentencias C-626 de 1996.

⁹¹ Sentencias C-728 de 2000.



persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado^{92, 93}

Si bien el Procurador General de la Nación solicita a la Corte, estarse a lo resuelto, tal decisión no cabe en el caso concreto. En primer lugar, porque la decisión “*de estarse a lo resuelto*”, cuando se está ante una cosa juzgada material, solo cabe cuando la decisión previa fue de exequibilidad pura y simple y se está ante la misma disposición legal previamente examinada por la Corte Constitucional. La solución propuesta por el Procurador, permite mantener dentro de nuestro ordenamiento el texto expulsado en la sentencia C-1076 de 2002, puesto que el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, fue remplazado en su totalidad por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011.

En la sentencia C-1076 de 2002, la Corte adoptó una decisión de exequibilidad condicionada, y en esa medida expulsó del ordenamiento jurídico ciertos contenidos normativos que eran incompatibles con la Constitución. Cuando el legislador reproduce un texto constitucional previamente declarado inexecutable, con el fin de garantizar la supremacía constitucional es necesario que el texto expedido en contravía de lo ordenado por el artículo 243 CP, también sea expulsado del ordenamiento y en esa medida, lo que procede es la declaratoria de inexecutable o de exequibilidad condicionada del nuevo texto legal en los mismos términos de la sentencia previamente expedida.

Por lo tanto, al ser el inciso 4 del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 una reproducción material del inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y, además, al cumplirse los demás requisitos para que opere el fenómeno de la cosa juzgada material, deberá ser declarada igualmente executable de manera condicionada la expresión “*Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva*”, contenida en inciso cuarto del art. 44 de la Ley 1474 de 2011, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.

IX. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- Declarar **EXECQUIBLES**, por los cargos analizados en esta sentencia, los artículos 11, numeral 4 y 133 de la Ley 1474 de 2011.

Segundo.- Declarar **EXECQUIBLE**, por los cargos analizados en esta sentencia, el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011.

Tercero.- Declarar **EXECQUIBLE** la expresión “*Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta*”

⁹² Sentencias C-195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-310 de 1997, entre otras.

⁹³ Sentencia C-055 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 55 de 204

Directiva”, contenida en el inciso cuarto del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.

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



1.2 Sentencia C-262/13

Referencia: expediente D-9095

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 23 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: Jhonny Fabián Ospina Lozano

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos 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 siguiente sentencia con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

El ciudadano Jhonny Fabián Ospina Lozano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra inciso segundo del artículo 23 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.”

Mediante auto del 17 de mayo de 2012, la demanda fue inadmitida por ausencia de pertinencia. El ciudadano la corrigió oportunamente, y por medio de auto del 22 de junio de 2012, finalmente fue admitida. En consecuencia, el Magistrado sustanciador solicitó al entonces Ministerio de la Protección Social, indicar las razones que fundamentaron la expedición de la disposición acusada. También ordenó fijar la demanda en lista para que los ciudadanos pudiesen defender o impugnar el precepto acusado, así como comunicar el inicio del proceso al entonces Ministerio de la Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), a la Asociación Salud al Derecho, a la Federación Médica Colombiana, a la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las universidades Pontificia Bolivariana, Javeriana, del Rosario, del Sinú, Externado de Colombia y Sergio Arboleda, para que si lo estimaban conveniente, participaran en el debate jurídico propiciado. Finalmente, se dio traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley.



Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir la demanda de la referencia.

1.1. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, se subraya el aparte acusado:

“ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.”

El demandante considera que el inciso acusado vulnera el artículo 48 de la Constitución, por las siguientes razones:

- 1.2.1. En primer lugar, describe la función de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y su forma de financiación. Asegura que las EPS “(...) son entidades aseguradoras que asumen el riesgo de la atención en salud de sus usuarios, en desarrollo de lo cual deben organizar la prestación de servicios asistenciales, y destinar la UPC que mensualmente reciben para cubrir las cuentas médicas que se generan por los servicios que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestan a sus afiliados”⁹⁴.

Sostiene que la Unidad de Pago por Capitación (UPC), fuente de financiación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud (POS) que deben garantizar las EPS, “(...) tiene una vigencia temporal que se cumple y agota cada mes cuando se ejecutan las finalidades de pago de cuentas médicas y se lleva a cabo la constitución de las provisiones definidas en la Ley”⁹⁵. Argumenta que una vez agotada tal destinación legal, “(...) las EPS pueden utilizar los

⁹⁴ Cfr. fol. 4.

⁹⁵ Cfr. fol. 4.



excedentes de tales recursos en el desarrollo de infraestructura propia con la cual ampliar y atender la prestación de servicios de salud para sus afiliados, esto último, a partir del hecho que los excedentes de la UPC dentro del modelo de aseguramiento, constituyen una legítima garantía de la entidad”⁹⁶.

Explica además que uno de los objetivos de la seguridad social, según la Constitución, es ampliar la cobertura de la prestación de los servicios, razón por la cual la ley 100 permitió a las EPS tener IPS propias para prestar servicios de salud a sus afiliados, con una limitación del 30% de su gasto, de conformidad con el artículo 15 de la ley 1122.

1.2.2. En este contexto, arguye que el precepto demandado, en tanto “(...) restringe de forma absoluta el uso [por las EPS] de los recursos del sistema de salud para toda compra de activos fijos”, vulnera el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución. Los argumentos en los que fundamenta este cargo son los siguientes⁹⁷:

1.2.2.1. Alega que el inciso tercero del artículo 48 superior tiene el siguiente contenido normativo: **(i)** impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, **(ii)** la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y **(iii)** asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

1.2.2.2. Alega que el aparte acusado desconoce el primer contenido normativo –sujetos responsables de la obligación-, ya que excluye a los particulares del cumplimiento del deber constitucional de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social.

En su criterio, la Constitución impone la obligación de que el Estado y los particulares participen de manera mancomunada en la ampliación de la cobertura, como una manifestación del Estado Social de Derecho, uno de cuyos pilares es la participación. Al respecto, sostiene:

“Respecto del primero de ellos; esto es, del *sujeto responsable de la obligación*, es menester mencionar que el constituyente consideró que el deber que estableció la norma debe ser ejecutado de forma conjunta, es decir, corresponde al ‘... *Estado con la participación de los particulares*...’. Entonces, ambos sujetos deben de manera mancomunada ampliar la cobertura de la Seguridad Social. Nótese que la Carta no asigna la tarea al Estado de forma exclusiva ni la delega tampoco totalmente a los particulares, sino que dispone que ambos sectores, ejecuten conjuntamente la obligación Constitucional.”⁹⁸

Explica que si bien es cierto la Constitución no define el origen de los recursos que deben emplearse para el cumplimiento de la obligación de ampliación de la cobertura, tal origen se desprende de la condición de los sujetos responsables, “(...) puesto que al ser el Estado con la participación de los particulares, responsables conjuntos de la ampliación de la cobertura

⁹⁶ Cfr. fols. 4 y 5.

⁹⁷ El siguiente resumen se basa en la demanda original y el escrito de corrección presentado el 24 de mayo de 2012.

⁹⁸ Cfr. fol. 43.



de la Seguridad Social, en tal cometido deben forzosamente confluir tanto recursos públicos como recursos privados”.⁹⁹

- 1.2.2.3. Respecto al segundo contenido normativo –obligación de ampliación progresiva de la cobertura-, advierte que “(...) comporta extender no solo el número de ciudadanos que tienen acceso al sistema, sino también las instituciones en las que estos reciben los servicios que brinda la Seguridad Social, de forma que haya suficientes instituciones en las cuales todos los ciudadanos puedan recibir las atenciones que requieren”¹⁰⁰. Agrega que el imperativo de ampliación de la cobertura en estos términos, también emana de obligaciones supranacionales adoptadas por el Estado colombiano, como el Código Iberoamericano de la Seguridad Social incorporado mediante la ley 516 de 1999.

Asevera que el Legislador, al aprobar el precepto acusado, desconoció este segundo contenido normativo, pues no tuvo en cuenta la insuficiencia de la red hospitalaria del país – que es documentada por estudios de organismos internacionales¹⁰¹ y del antiguo Ministerio de la Protección Social¹⁰²-, ni que el limitar el uso de los recursos de la UPC por las EPS –el demandante circunscribe su cargo a esta fuente de recursos y a estos participantes del SGSSS- para la ampliación de la infraestructura, restringe el acceso de los usuarios a una red eficiente de prestación de servicios de salud. Al respecto, explica:

“3.1.4. Con la expedición del artículo 23 inciso 2 de la Ley 1438 de 2011, norma demandada en esta acción pública, se estableció una prohibición absoluta para que ambos regímenes del sistema de salud, los **recursos que reciben las EPS** se usaran para la adquisición de activos fijos, o en actividades distintas a la prestación de servicios asistenciales.

(...)

Como resultado de esta norma, **las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes**, deben entonces limitarse al pago de las facturas por prestación de servicios de salud y no pueden utilizar **los recursos de la Unidad de Pago por Capitación** para adquirir activos fijos u otros bienes o insumos destinados a la prestación de servicios

⁹⁹ Cfr. fol. 43.

¹⁰⁰ Cfr. fol. 44.

¹⁰¹ El demandante cita un estudio de la Organización Mundial de la Salud, según el cual –indica-, “el Sistema de Salud Colombiano tiene una densidad de 10 camas por cada 10.000 habitantes mientras que países de la región tienen una cobertura hospitalaria mucho mayor. Así, Perú cuenta con 15 camas, Argentina con 41 camas; Brasil con 24; Bolivia con 11; Cuba con 60; Costa Rica con 13; México 17; Panamá 22; Venezuela 13, y Ecuador 6”. Cfr. fol. 6. También se refiere al informe de la Organización Panamericana de la Salud “PERFIL DE LOS SISTEMAS DE SALUD – COLOMBIA – MONITOREO Y ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE CAMBIO Y REFORMA – Septiembre 2009”, el cual –afirma- indica que “(...) la red hospitalaria pública ha decrecido en términos reales en el periodo 2002 a 2009, lo que contrasta con el incremento en el número de servicios que demandan los ciudadanos”. Cfr. fol. 7.

¹⁰² El demandante referencia el documento “INFORME DE GESTIÓN 2002 – 2010” del Ministerio de la Protección Social, en el cual asegura que el Gobierno expuso la necesidad de aumentar el número total de prestadores de servicios de salud como una de las metas del sistema. Ver fol. 6.



asistenciales, lo que les impide ampliar progresivamente la red de instituciones de prestación de servicios de salud, y participar con el estado en esta labor”¹⁰³ (negrilla fuera del texto).

En criterio del demandante, “(...) el legislador se orientó solo a implementar un mecanismo para mejorar el flujo y destinación de los recursos en el Sistema de Salud, con el fin de pagar las cuentas médicas a los prestadores de servicios en especial a los de naturaleza pública, pero olvidó por completo las necesidades de los ciudadanos de contar con una red de prestadores suficiente que garantice un efectivo acceso y oportuno goce del derecho a la salud”¹⁰⁴. En respaldo de este argumento, cita el “Informe Legislativo de 2010” en el que asegura consta que los objetivos perseguidos por el Congreso estuvieron relacionados exclusivamente con el flujo y garantía del uso de los recursos de la UPC.

También alega que el inciso 2 del artículo 23 de la ley 1438, al restringir el uso de la UPC para efectos de ampliación de la cobertura, elimina –sin creación de un medio sustituto- “(...) el único mecanismo de gestión conjunta del Estado y los particulares que permitía la creación progresiva de nuevas instituciones de salud para la prestación de servicios de salud”¹⁰⁵. Asegura que:

“(...) el legislador olvidó que de las fuentes de recursos con las que cuenta el sistema de salud, el único que permite la participación conjunta del Estado y los particulares en la ampliación progresiva de la cobertura en la prestación de servicios, es la UPC, pues los demás recursos públicos del sector, tales como los correspondientes al sistema general de participaciones o a las rentas cedidas a los entes territoriales, e incluso los recursos propios de las entidades territoriales, tienen por definición legal destinaciones diferentes a la ampliación progresiva de la cobertura en la prestación de servicios de salud. En igual sentido, los particulares eventualmente cuentan con recursos para hacer ampliaciones de cobertura en instituciones de prestación de servicios de Seguridad Social en salud, pero lo hacen de forma puntual, ocasional y no progresiva como lo ordena la Constitución.

(...) después de la expedición de la norma demandada, la orden constitucional de ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social en la prestación de servicios, resulta incumplida por inexistencia de recursos para llevarse a cabo, y dependa exclusivamente de la gestión individual, puntual y ocasional del estado o de los particulares realicen (sic).”¹⁰⁶

- 1.2.2.4.** Por último, el demandante asevera que la disposición demandada adolece de una omisión legislativa relativa derivada del incumplimiento del tercer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48 de la Carta. En criterio del demandante, esta omisión se presenta “(...) dado que la norma parcialmente prohíbe el mecanismo previamente establecido en la Ley 100 de 1993, pero no desarrolla otro que lo sustituya y con el cual se dé cumplimiento al precepto

¹⁰³ Cfr. fols. 45 y 46.

¹⁰⁴ Cfr. fol. 5.

¹⁰⁵ Cfr. fol. 46.

¹⁰⁶ Cfr. fol. 47.



constitucional, que le impone determinar la forma como debe ampliarse la cobertura de la Seguridad Social¹⁰⁷

1.3. INTERVENCIONES DE ENTIDADES PÚBLICAS

1.3.1. Superintendencia Nacional de Salud

Solicita que el precepto acusado de declare **exequible**, por las siguientes razones:

- 1.3.1.1. En primer lugar, explica que la seguridad social y la salud son servicios públicos, cuya prestación se debe realizar bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Indica que si bien su prestación no es un deber exclusivo del Estado, éste sí tiene la responsabilidad de asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente. Señala que cuando los particulares concurren a la prestación de los servicios, en tanto actividades de interés público, están sujetos a normas de orden público y a responsabilidades mayores.
- 1.3.1.2. A continuación recuerda que el artículo 48 de la Constitución dispone que “[n]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las Instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”, y asegura que según varios fallos de la Corte Constitucional y la normativa vigente, las UPC no son recursos o rentas propias de las EPS, sino recursos parafiscales de la seguridad social que deben aplicarse a la prestación directa de los servicios. Sostiene que actividades como la compra de activos fijos o la amortización de obligaciones financieras ajenas a la prestación del servicio público, deben ser atendidas con recursos propios de las EPS, producto de su legítima ganancia, de aportes de capital de los socios, o de otras fuentes, pero en ningún caso de las UPC.
- 1.3.1.3. Asegura que la ley ha establecido la facultad de la Administración de establecer límites y controles al manejo de recursos públicos por las EPS, y la posibilidad de adoptar medidas preventivas y correctivas para garantizar su adecuado uso, sin que ello signifique un desconocimiento de su libertad económica o de empresa. Recuerda, que estas libertades deben ceder ante el interés general y que el Estado tiene una amplia libertad de intervención en materia económica para alcanzar fines constitucionales, como lo señaló recientemente la Sección Primera del Consejo de Estado –sentencia del 30 de julio de 2009- al denegar la solicitud de nulidad de una resolución de la Superintendencia Nacional de Salud que prohíbe que se financien con cargo a la UPC inversiones con carácter permanente en otras entidades o en la misma organización, salvo que tengan relación con la organización del servicio o el cumplimiento de deberes legales. Esta posición fue reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del pasado 22 de mayo de 2012.

1.3.2. Ministerio del Interior

- 1.3.2.1. En primer lugar, alega que la demanda adolece de elementos que permitan adelantar un juicio de constitucionalidad, de modo que solicita un **fallo inhibitorio**. En criterio del Ministerio, “(...) la carga argumentativa carece de la sustentación necesaria para adelantar un juicio de

¹⁰⁷ Cfr. fol. 48.

constitucionalidad, pues el elemento básico de su acción tiene sustento en el tratamiento que se le quiere dar que la norma reviste el carácter de recurso parafiscal, lo cual además le imprime el sentido de falta de congruencia en el cargo; de la misma forma el sentido que se le quiere dar al instituto de la 'UPC', cuando el legislador, quien detenta la cláusula general de competencia le dio otro matiz a la norma¹⁰⁸. En consecuencia, afirma que los cargos del demandante "(...) no corresponden al sentido de objetividad de la norma cuestionada, sino a evaluaciones personales"¹⁰⁹, de forma que carecen de certeza.

1.3.2.2. En segundo lugar, defiende la **constitucionalidad** de la disposición demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

Explica cuáles fueron los objetivos que guiaron la adopción de la ley 1438 y aclara que ésta no dispone que no se pueda ampliar la cobertura, sino que persigue que los recursos de la UPC no se distraigan de su destino. Por tanto, asegura que el precepto es acorde con los principios del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales y con la consagración constitucional de la seguridad social.

De otro lado, después de reiterar que no se formuló un cargo concreto sobre el desconocimiento de la libertad de empresa, señala que en todo caso no se vulnera ya que "(...) las Empresas no pueden manejar de forma caprichosa los dineros de la salud"¹¹⁰.

Por último, indica que los recursos de la UPC son del sistema y no de las EPS, de modo que deben destinarse a su función propia, y señala que, como indicó la Sección Primera del Consejo de Estado, es un hecho notorio que la dilación en los pagos de las EPS a las IPS no se debe solamente a la demora de los recobros ante el Fosyga, sino también al uso de los recursos parafiscales a actividades distintas al aseguramiento, como inversiones en el exterior, operaciones de leasing, contratos de compraventa de clínicas y edificios, adquisición de equipos hospitalarios, etc., lo cual justifica la expedición del precepto demandado.

1.3.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Defiende la constitucionalidad del inciso demandado, con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1.3.3.1.** Afirma que la disposición acusada busca que la UPC solo se utilice para garantizar correctamente el acceso a los servicios de salud de los afiliados, atendiendo a su naturaleza parafiscal.
- 1.3.3.2.** Rechaza el argumento del demandante en el sentido de que la parafiscalidad de la UPC es temporal. El Ministerio, con sustento en sentencias de la Corte Constitucional y normativa vigente, indica que la UPC conserva su naturaleza parafiscal y en ningún caso se convierte en recursos privados. Explica que su finalidad no es simplemente el pago de los servicios

¹⁰⁸ Cfr. fol. 220.

¹⁰⁹ Cfr. fol. 221.

¹¹⁰ Cfr. fol. 224.



administrativos que prestan las EPS, sino la financiación de los costos de los servicios de salud comprendidos en los planes obligatorios.

Agrega que desde la ley 100 de 1993, “(...) la UPC se reconoce como una prima anual por cada afiliado al Sistema, por lo cual es totalmente incorrecto decir que la parafiscalidad de la misma se limita a un mes, cosa distinta es que se gire mes a mes a las EPS por efecto de la compensación en el régimen contributivo, y por la liquidación de afiliados en el régimen subsidiado.”¹¹¹ Sostiene que esta misma conclusión se deduce de las reglas contables del Plan Único de Cuentas –PUC- de las EPS, expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, según el cual “(...) la UPC son los ingresos operacionales de las EPS a los cuales deben aplicarse todos los costos POS y otros gastos administrativos y financieros, y al final de la operación y de cada ejercicio fiscal puede resultar una utilidad o pérdida”. Por tanto, “(...) solo después del ejercicio fiscal, se pueden apropiar recursos cuando quiera que haya habido excedentes o utilidades, una vez atendidos los gastos por los servicios prestados”¹¹².

1.3.3.3. De otro lado, recuerda que el legislador tiene amplia libertad de configuración en materia de seguridad social y que, en todo caso, las libertades económicas no son absolutas y están limitadas por el interés general. En este contexto, aduce que la limitación de las libertades económicas de las EPS que se desprende del precepto demandado es proporcional, ya que **(i)** está justificada, dado que busca salvaguardar los recursos del SGSSS, los cuales se han visto amenazados en el pasado por prácticas como la prohibida precisamente por el inciso acusado; y **(ii)** no elimina la posibilidad de las EPS de adquirir activos fijos, “(...) lo que hace es que la limita a que tal adquisición sea sólo con recursos propios de las empresas y no con recursos del SGSSS”¹¹³.

1.3.3.4. Finalmente, pese a que defiende la constitucionalidad del precepto, el Ministerio solicita un **fallo inhibitorio**, puesto que considera que la demanda se fundamenta “(...) principalmente en un contenido normativo que no emana del texto de las disposiciones constitucionales supuestamente violadas, sino que surge de una interpretación subjetiva, distinta a la que contempla el tenor jurídico de dichas disposiciones”¹¹⁴. Además, alega que los argumentos no son claros, específicos, pertinentes ni suficientes –no explica las razones de esta apreciación.

1.3.4. Ministerio de Salud y Protección Social

1.3.4.1. De forma extemporánea, alega en primer lugar la **ineptitud sustantiva de la demanda**, por falta de pertinencia y suficiencia del cargo por violación del artículo 48 superior. A juicio del Ministerio, **(i)** la inconformidad del actor es de orden legal y no constitucional, “(...) porque la norma desde aquel punto de vista, aun desde sus antecedentes legislativos cuando señala los errores que en su criterio incurrió el legislador para su expedición, pero deja de un lado la argumentación que debe asistir para confrontarla con la Carta Política”¹¹⁵; **(ii)** la argumentación se fundamenta en razones de conveniencia, pues lo que se persigue es que

¹¹¹ Cfr. fol. 231.

¹¹² Cfr. fol. 231.

¹¹³ Cfr. fol. 232.

¹¹⁴ Cfr. fol. 232.

¹¹⁵ Cfr. fol. 296.



se declare inconstitucional el precepto para “(...) poder ampliar la cobertura (...) debido a la necesidad que asiste a la población”¹¹⁶; y (iii) el planteamiento es insuficiente, ya que solamente ofrece un argumento por violación del artículo 48 sin mayores elementos de juicio.

- 1.3.4.1.1.** De forma subsidiaria, defiende la **constitucionalidad** del precepto, por las siguientes razones: Asevera que el inciso demandado desarrolla el artículo 48 de la Carta, así como los artículos 9 y 212 de la ley 100, pues busca evitar el desvío de los recursos del sistema. Precisa que “(...) si bien no hay prohibición legal para que las EPS presten los servicios de salud a través de los activos fijos que tengan para ese fin, ello no quiere decir que los recursos con los que hacen las inversiones en dichos activos fijos, puedan ser los recursos parafiscales del sistema”¹¹⁷. Finalmente, recuerda que la Superintendencia Nacional de Salud ya había clasificado la práctica que prohíbe la disposición como insegura e ilegal.

1.4. OTRAS INTERVENCIONES

1.4.1. Ciudadana Alba Patricia Céspedes Sanabria

Solicita que el precepto demandado sea declarado **inexequible**, por las siguientes razones:

- 1.4.1.1.** Asegura que el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 viola el artículo 13 superior, ya que conlleva un trato discriminatorio para las EPS respecto de otras entidades del Sistema General de Seguridad Social que también manejan recursos parafiscales, como las cajas de compensación familiar.

Argumenta que la ley 21 de 1982 autoriza a las cajas de compensación familiar –entidades privadas- a apropiarse recursos parafiscales –los provenientes del subsidio familiar- para ampliar su infraestructura de prestación de servicios, la cual comprende oficinas administrativas, supermercados, teatros, auditorios, centros vacacionales, etc.

Indica que un tratamiento similar se había dado a las EPS en la ley 100, pero la ley 1438 lo eliminó al prohibir el uso de la UPC para el desarrollo de la infraestructura de las EPS. En sentir de la interviniente, este trato diferenciado no tiene justificación, toda vez que tanto las cajas de compensación familiar como las EPS “(...) son entidades en las que los particulares participan con el Estado en la prestación del servicio público de Seguridad Social. En ambos sistemas, los recursos con los que se financian los servicios que reciben los usuarios, son de naturaleza parafiscal. Así mismo, en los dos regímenes, la prestación efectiva de los servicios de la Seguridad Social, comporta que las entidades cuenten con una infraestructura para realizar dicha labor. Además, en ambos regímenes, el legislador autoriza a los entes operadores a prestar los servicios directamente o mediante la contratación de terceras entidades.”¹¹⁸

¹¹⁶ Cfr. fol. 296.

¹¹⁷ Cfr. fol. 301.

¹¹⁸ Cfr. fol. 79.



- 1.4.1.2. Por otra parte, afirma que la disposición demandada lesiona el inciso primero del artículo 49 constitucional, puesto que al limitar el uso de la UPC para la compra de activos fijos, y en vista de la insuficiencia de IPS en el país, terminó por imponer una barrera que afecta la materialización del derecho constitucional al acceso a los servicios de salud.

Explica que el derecho a la salud, en términos de la sentencia T-760 de 2008 y del Código Iberoamericano de Seguridad Social, exige la existencia de un conjunto suficiente de personas e instituciones que presten servicios de salud. Aduce que originalmente la ley 100 permitía que la UPC se destinara al cumplimiento de dicha exigencia, lo que permitió a las EPS desarrollar nuevas IPS adicionales a las de naturaleza pública. Señala que la ley 1438 elimina esta posibilidad, pese a la existencia de datos estadísticos que muestran la insuficiencia de la red actual de instituciones y de reportes en el mismo sentido de la Defensoría del Pueblo.

1.4.2. Ciudadano Javier Mauricio Sabogal Jaramillo

Solicita que se declare la **exequibilidad condicionada** del inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438, en el entendido que “(...) los recursos para la atención en salud no pueden usarse por las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales para adquirir activos fijos diferentes a los hospitalarios y médicos y asociados a la prestación del servicio de salud. Solamente con el producto de los excedentes de liquidez de la UPC y de los recursos que no son para la atención en salud (reembolsos de recobros NO POS, reclamaciones ECAT, multas y sanciones, recobros ARP, préstamos bancarios, rendimientos financieros de recursos propios) se pueden usar para adquirir activos fijos tanto médicos y hospitalarios como los que no lo sean, como en actividades distintas a la prestación de servicios de salud”¹¹⁹. Los fundamentos de su solicitud son los siguientes:

- 1.4.2.1. Para comenzar, explica que existen interpretaciones derivadas de sentencias de la Corte Constitucional según las cuales todos los recursos que reciben las EPS, IPS, clínicas y hospitales deben destinarse a la prestación de servicios de salud, lo que en sentir del interviniente se traduce “(...) en la mera gestión de pago de facturas médicas por prestación de servicios de salud”¹²⁰. Afirma que tal interpretación ha impedido a las EPS e IPS “(...) organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el POS mediante la adquisición de equipos médicos, adecuaciones hospitalarias, centros médicos, clínicas y hospitales necesarios para la adecuada prestación del servicio de salud”¹²¹. Alega que esta exégesis también ha generado inseguridad jurídica a los actores del sistema sobre los precios límite de la destinación específica de la UPC y de los demás recursos obtenidos.
- 1.4.2.2. Asegura que efectivamente la UPC es un recurso parafiscal, en tanto, según la Constitución, debe destinarse a los fines de la seguridad social. Sin embargo, asegura que dentro de los

¹¹⁹ Cfr. fol. 250.

¹²⁰ Cfr. fol. 237.

¹²¹ Cfr. fol. 237.



finés de la seguridad social “(...) se encuentra la posibilidad de adquirir activos fijos asociados a la prestación de servicios de salud”¹²².

Agrega que existen antecedentes de actividades que no son directamente prestación de servicios de salud, pero que han sido consideradas –con aval de la Corte Constitucional– asociadas a la organización y gestión del servicio y, por tanto, legítimas destinatarias de los recursos parafiscales del sistema de salud. Algunas de estas actividades son: la prestación de servicios por las EPS a través de sus propias IPS con un límite del 30% –sentencias C-616 de 2001 y C-1041 de 2007–, la transferencia de recursos parafiscales a las nuevas entidades creadas como consecuencia de la escisión de las clínicas del Seguro Social –sentencia C-349 de 2004–, gastos de administración –sentencia C-824 de 2004–, el funcionamiento de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) –sentencia C-955 de 2007–, el transporte aéreo medicalizado –sentencia C-714 de 2008– y la telemedicina –sentencia C-593 de 2010–. Sugiere que la adquisición de activos fijos para la prestación del servicio se asemeja a las anteriores actividades.

Manifiesta que la normativa reglamentaria, hasta antes de la ley 1438, había seguido la misma lógica y considerado admisible la adquisición de activos fijos con recursos de la UPC. En respaldo, cita el artículo 13 del decreto 1804 de 1999, el cual prohibía a las antiguas ARS adquirir bienes inmuebles o realizar inversiones en compra o arrendamiento financiero con cargo a la UPC, “(...) salvo aquel porcentaje que resulte al deducir del 100% del ingreso los valores porcentuales necesarios para cancelar en forma oportuna las obligaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud conforme las disposiciones legales y contractuales vigentes y los recursos necesarios para el pago de sus empleados y servidores.”

Concluye lo siguiente:

“(...) la función y naturaleza de la UPC no está dirigida únicamente a actividades propias de la prestación de servicios de salud, sino que se ha tenido la convicción invencible que abarca la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud, lo cual comprende estructuras administrativas que sustenten la prestación de servicios médicos; la realización de actividades y servicios útiles no médicos y en muchos casos indispensables para el servicio; el soporte funcional y de infraestructura para hacer posible su adecuada prestación; condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería del servicio de salud. Todo ello requiere que se necesiten y se tengan que adquirir activos, bienes y servicios médicos y administrativos para lograr tal fin. No resulta lógico que se pretenda el suministro adecuado y eficiente de la prestación de un servicio de salud, sino se cuentan (sic) con las estructuras, activos y acondicionamiento médico y hospitalarios adecuados para poder llevar a cabo dicha prestación”.¹²³

1.4.2.3. Por otra parte, indica que el inciso demandado conlleva una restricción desproporcionada de la libertad de empresa y de la libre competencia de las EPS e IPS, en tanto impide de forma

¹²² Cfr. fol. 238.

¹²³ Cfr. fol. 240.



absoluta que con recursos de la UPC se adquiera la infraestructura médica necesaria para la adecuada prestación del servicio. En criterio del interviniente, la prohibición “(...) es válida en la medida que se considere que los activos fijos que no se pueden adquirir, son aquellos que no tengan relación con la prestación de servicios de salud, ó que las actividades distintas a la prestación de servicios de salud, no correspondan a actividades dirigidas para lograr la efectiva y material la prestación (sic) de servicios de salud”¹²⁴.

- 1.4.2.4.** Aclara que el inciso demandado no tiene como únicos destinatarios las EPS, sino también las IPS, clínicas y hospitales, toda vez que estas últimas tienen como fuente de recursos los pagos de las EPS con dineros de las UPC. Por ello solicita que se aclare qué recursos de las IPS, clínicas y hospitales están afectados por la prohibición materia de censura.
- 1.4.2.5.** Explica que la UPC tiene dos grandes componente: **(i)** el gasto en salud, que comprende el gasto destinado a la prestación de servicios de salud, y **(ii)** el gasto administrativo asociado al costo de la salud, el cual cobija los gastos administrativos y los excedentes. Argumenta que el inciso demandado, en tanto emplea la expresión “los recursos para la atención en salud”, se refiere solamente al gasto en salud, de modo que el componente administrativo de la UPC sí se puede utilizar para la adquisición de activos fijos. Asegura que de adoptarse una interpretación contraria, se impediría a las IPS, hospitales y clínicas adquirir activos fijos con los recursos que reciben de las EPS, lo cual crearía un trato desigualitario y les impediría ampliar y mejorar su infraestructura para la prestación del servicio.

Respecto a los excedentes –componente del gasto de administración–, los cuales el interviniente afirma que sí se pueden emplear en la compra de activos fijos, solicita que se precise si son excedentes de liquidez o utilidad neta. Explica que esta aclaración es importante, “(...) puesto que ha resultado que hay instituciones que luego de cumplida la finalidad de la prestación del servicio de salud obtienen un excedente de liquidez mucho mayor que la utilidad contable, pero ha surgido la discusión que solo la utilidad contable es el remanente y la diferencia con el excedente de liquidez, debe quedarse inmovilizado en cuentas bancarias sin poderse destinar a infraestructura”¹²⁵. En sentir del interviniente, aclarar este punto es indispensable, pues la interpretación antes citada va en contra de la eficiencia del sistema e impide que los excedentes de liquidez que se obtienen de la UPC, luego de cumplida la finalidad de prestación del servicio, puedan utilizarse para la adquisición de activos fijos y otras actividades dirigidas a ampliar la cobertura del sistema.

- 1.4.2.6.** Para terminar, señala que si la Corte concluye que el precepto acusado es constitucional, “(...) resulta necesario que se aclare con qué tipo de recursos pueden las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales ampliar y mejorar su infraestructura hospitalaria”. En particular, pide que se resuelvan los siguientes interrogantes: **(i)** si “(...) puede decirse que estas instituciones pueden adquirir activos fijos con la ‘utilidad o excedente operacional resultante’ que quede luego de prestar el servicio de salud”; **(ii)** si pueden hacerlo “(...) con recursos diferentes a los públicos parafiscales que administran”; y **(iii)** si “(...) los reembolsos por recobros NO POS, los pagos por reclamaciones ECAT a IPS, Clínicas y Hospitales, los recobros de Riesgos

¹²⁴ Cfr. fol. 241.

¹²⁵ Cfr. fol. 244.



Profesionales, las multas y sanciones, los préstamos bancarios obtenidos, los pagos que realiza el FOSYGA al Consorcio Administrador Fiduciario, los pagos que realiza el FOSYGA por apoyo técnico auditoría y remuneración fiduciaria, los rendimientos financieros diferentes a las cotizaciones, las indemnizaciones por seguros, la venta de activos, son recursos públicos”¹²⁶.

1.4.3. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi)

Solicita que se declare **inexequible** el precepto acusado, con fundamento en las siguientes razones:

- 1.4.3.1.** En primer término, aclara que la UPC “(...) ha sido prevista por la Ley 100 de 1993 como el pago que se realiza a las EPS por la organización y garantía de acceso a los servicios incluidos en el POS, remunerando de esta manera todas las responsabilidades asignadas por la Ley y que van más allá del acto médico o de la prestación”.¹²⁷

También afirma que las EPS son una *agencia* dentro del sistema a quienes corresponde, de un lado, la administración de riesgos tanto financieros como de salud, y de otro, la administración del acceso a los servicios de salud; en consecuencia, asegura que las EPS deben realizar una serie de actividades que desbordan el concepto estricto de prestación de servicios de salud del POS¹²⁸. Entre las actividades que no son en estricto sentido servicios de salud del POS, menciona: administración de bases de datos, afiliación y registro de los usuarios, promoción de la afiliación, selección de la red de prestadores de servicios, gestión de la red de prestadores de servicios, control del consumo de servicios, monitoreo de la calidad, suministro de información a los usuarios, establecimiento de sistemas de costo, facturación y publicidad, prestación de servicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, recaudo de cotizaciones y proceso de compensación.

Explica que para el desarrollo de las anteriores actividades, las EPS deben incurrir en gastos distintos a los administrativos, y en ocasiones adquirir activos fijos como software para simplificar trámites administrativos y asignar citas y autorizaciones, computadores, impresoras, escritorios, etc.

- 1.4.3.2.** Por lo anterior, alega que restringir el uso de la UPC únicamente para el pago de servicios de salud e impedir que se invierta en activos fijos es contrario a la Constitución, pues para el cabal cumplimiento de sus funciones, las EPS deben invertir en tales activos. Señala que por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el cubrimiento de los gastos administrativos no es una desviación de los recursos de salud -sentencias C-1489 de 2000 y C-1040 de 2003-.

¹²⁶ Cfr. fol. 246.

¹²⁷ Cfr. fol. 252.

¹²⁸ La entidad anexa un cuadro en el que explica, en su concepto, cuáles son las responsabilidades de las EPS en el sistema.



- 1.4.3.3.** Acemi también expresa que la Corte Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de la participación privada en el sistema de salud y de la posibilidad de que reciba una utilidad. Sin embargo, indica que “[e]sto implica la definición del momento en el cual los recursos cumplen con su finalidad y se constituyen en un ingreso para la EPS, cuestión que desconoce plenamente la norma demandada, pues impide la liquidación de excedentes o utilidades una vez se haya cumplido con la finalidad establecida por el legislador y la constitución”.¹²⁹

Agrega que dada la naturaleza de la actividad que desarrollan las EPS –gestión de riesgo- la UPC debe ser considerada una prima en términos del derecho de los seguros, es decir, el precio del aseguramiento. En consecuencia, catalogar la UPC como recurso público, “(...) desvirtúa su naturaleza y convertiría a las EPS ya no en asegurador sino en un administrador delegado, debiendo en este caso el Estado asumir las desviaciones de la siniestralidad y en consecuencia el mayor gasto en salud que pueda presentarse en un periodo determinado de tiempo”¹³⁰. En criterio de la entidad, si la UPC es una prima de seguro que se devenga según el tiempo transcurrido del riesgo, las EPS pueden incorporar los excedentes o utilidades a su presupuesto y darles el manejo que la ley permite según la naturaleza de la entidad.

- 1.4.3.4.** Aduce que el precepto es inconstitucional porque no establece límites de la medida de intervención económica en el mercado de salud que contiene. Manifiesta que ello se debe a que el precepto no precisa **(i)** “(...) si se entiende por gasto destinado a la prestación del servicio el gasto requerido para cumplir con las demás funciones diferentes de la prestación del servicio de salud (...), que no se enmarcan dentro del concepto de gasto administrativo”¹³¹; **(ii)** “(...) si tanto el gasto administrativo, el gasto por las demás funciones asignadas, así como el gasto médico se entienden destinados a la prestación del servicio de salud”¹³²; y **(iii)** “(...) en qué momento los recursos de la UPC se convierten en recursos propios de la EPS, para que en tal caso, puedan ser invertidos en infraestructura”¹³³.

- 1.4.3.5.** Considera que la medida acusada es desproporcionada, ya que “[i]ndudablemente en algún momento la UPC pierde su naturaleza parafiscal y su destinación específica para la prestación del POS, pues lo contrario equivaldría a sostener que las EPS no tienen derecho a una legítima ganancia”¹³⁴. En este orden de ideas, afirma que la falta de proporción de la medida deriva **(i)** “(...) del hecho de que para prohibir que las EPS inviertan en hospitales y edificios cuando la UPC todavía tienen naturaleza parafiscal, se le impide de manera perpetua hacer dichas inversiones incluso cuando la UPC pierde la naturaleza parafiscal”¹³⁵ (énfasis eliminado); y **(ii)** de la inconducencia de la medida para lograr el fin de evitar la desviación de los recursos y la desproporcionalidad en estricto sentido que genera, toda vez que impide que las EPS puedan cumplir todas sus funciones.

¹²⁹ Cfr. fols. 266 y 267.

¹³⁰ Cfr. fol. 269.

¹³¹ Cfr. fol. 270.

¹³² Cfr. fol. 270.

¹³³ Cfr. fol. 270.

¹³⁴ Cfr. fol. 271.

¹³⁵ Cfr. fol. 272.



- 1.4.3.6. Finalmente, alega que el precepto demandado impide al Estado la prestación eficiente del servicio de salud, con fundamento en las mismas razones por las cuales asegura que se vulnera el principio de proporcionalidad.

1.4.4. Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos (Acesi)

Defiende la **constitucionalidad** de la disposición demandada, por las siguientes razones:

- 1.4.4.1. Sostiene que la Constitución y la ley definen que los recursos de la UPC son parafiscales y deben destinarse a la prestación de servicios de salud. Sugiere que el precepto demandado es acorde con esta regla.
- 1.4.4.2. Indica que la propia ley 1438 impone un margen de comercialización del 10% de la UPC a favor de las EPS, porcentaje que debe destinarse a gastos de administración y organización de los servicios.
- 1.4.4.3. Asegura que el demandante lo que pretende es que se traslade el fortalecimiento de la infraestructura de la red privada al tesoro público, situación que constituye delito de peculado. Además, alega que el actor “[p]retende erróneamente hacer creer que el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Colombia tiene directa relación con el fortalecimiento de la infraestructura de la red hospitalaria, y peor aún, no hace una distinción entre red privada y red pública”¹³⁶.
- 1.4.4.4. Resalta que debe diferenciarse el patrimonio propio de las EPS de los recursos parafiscales que administran, para lo cual resultan útiles las normas sobre patrimonio técnico de las EPS y sobre las operaciones exentas del IVA y del Gravamen a los Movimientos Financieros.

1.4.5. Ciudadana Lina Vargas García

Solicita que la disposición demandada se declare **exequible de forma condicionada**, con base en los siguientes argumentos:

- 1.4.5.1. Manifiesta que existe una interpretación de la disposición demandada que puede resultar contraria a la Carta; ésta consiste en la prohibición de que las EPS utilicen los recursos parafiscales que administran para adquirir activos fijos, “(...) incluso cuando dicha adquisición tiene el propósito de ampliar la cobertura del sistema de salud”¹³⁷. Esta lectura, a juicio de la interviniente, se opone al artículo 48 superior –no explica las razones–.
- 1.4.5.2. Luego, en virtud del principio de conservación del derecho, solicita a la Corte que module su fallo y que declare exequible el precepto “(...) con la condición de que se entienda que las EPS no pueden adquirir, con los recursos de la salud, activos fijos que no estén destinados a

¹³⁶ Cfr. fol. 280.

¹³⁷ Cfr. fol. 290.



ampliar la cobertura del sistema o que no sirvan para mejorar la infraestructura de las redes hospitalarias destinadas a absorber la demanda de salud de los colombianos”¹³⁸.

1.4.6. Universidad del Sinú

De forma extemporánea, señala que la disposición **se ajusta a la Constitución**, toda vez que no impone un obstáculo a la ampliación de la cobertura del SGSSS ni limita de forma inconstitucional la participación de los particulares en el mismo. Además, recuerda que los recursos del sistema tienen una destinación específica, la cual se desviaría si se admitiera su uso para la adquisición de activos fijos.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considera que el precepto demandado es **exequible**; su conclusión de fundamenta en las siguientes razones:

1.5.1. Asegura que si bien es cierto los particulares pueden participar en la prestación de los servicios públicos, la obligación de garantizar la prestación eficiente, incluida la ampliación de la cobertura, está en cabeza del Estado.

1.5.2. Aclara que la participación de los particulares es voluntaria y responde a un interés económico derivado de su inversión, la cual, en el SGSSS, se recupera con los pagos que reciben por la atención prestada, específicamente con el 10% de la UPC que corresponde a gastos de administración. Afirma que ese porcentaje “(...) deja un margen razonable para acometer, soportar, apoyar o respaldar inversiones en activos fijos, dentro de la economía de escala que se maneja en el sector”¹³⁹. En este orden, sostiene:

“Los particulares pueden, si así lo desean, ampliar la cobertura por medio de la inversión directa de sus propios recursos, de nuevo aportes de capital o de bienes, o utilizando alguno de los recursos de financiación disponibles en el mercado financiero o de capitales. Lo que no pueden hacer, ni aspirar a hacer, es financiar este tipo de inversiones con recursos ajenos, destinados de manera exclusiva a la seguridad social”¹⁴⁰.

Luego agrega: “(...) la participación de los particulares en la extensión de la cobertura del servicio público de salud, en lo que a activos fijos se refiere, es y debe ser el resultado del estímulo empresarial en la participación en esa actividad económica y no de la desviación o apropiación indebida de dichos recursos”¹⁴¹.

1.5.3. Por último, aduce que el artículo censurado responde al mandato constitucional de destinación específica de los recursos del sistema de salud.

¹³⁸ Cfr. fol. 291.

¹³⁹ Cfr. fol. 326.

¹⁴⁰ Cfr. fol. 327.

¹⁴¹ Cfr. fol. 328.



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. PROBLEMAS JURÍDICOS

2.2.1. El **demandante** alega que el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 vulnera el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución, por las siguientes razones:

Afirma que el inciso demandado tiene el siguiente contenido normativo: prohíbe a las EPS utilizar los recursos de la salud, específicamente los de la UPC, incluidos los excedentes que quedan después del pago de los servicios médicos a su cargo, para adquirir activos fijos con el fin de ampliar su infraestructura médica –bajo el modelo de integración vertical- y ofrecer mejores servicios a sus afiliados.

Por otra parte, asegura que el inciso tercero del artículo 48 de la Carta tiene los siguientes contenidos normativos: **(i)** impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, **(ii)** la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y **(iii)** asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

A partir de las anteriores premisas, sostiene, en primer lugar, que el inciso acusado desconoce el primer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48 superior, ya que **(i)** impide que las EPS –como particulares- contribuyan al cumplimiento de la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud, mediante la inversión de los excedentes de la UPC en infraestructura médica y otros activos necesarios para mejorar la prestación del servicio, y por tanto, **(ii)** obstaculiza que confluyan en este propósito tanto los recursos privados como los públicos.

En segundo lugar, aduce que el inciso demandado vulnera el segundo contenido normativo del inciso tercero del artículo 48, toda vez que dificulta el cumplimiento de la obligación de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud, la cual comprende no solamente el aumento del número de afiliados, sino también la extensión de la infraestructura hospitalaria del país. Afirma que en Colombia existe un déficit importante en esta materia, pese a lo cual el Legislador prohibió el uso de los excedentes de la UPC para estos efectos, solamente con miras a mejorar el flujo de recursos hacia las IPS. Asevera que de esta forma el Legislador eliminó el único mecanismo que existía de gestión conjunta del Estado y los particulares para la creación progresiva de nuevas instituciones de salud, sin prever un medio sustituto que permita continuar cumpliendo la obligación constitucional.

En tercer lugar, el demandante indica que el precepto acusado adolece de una omisión legislativa relativa derivada del incumplimiento del tercer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48. En su criterio, esta omisión se presenta porque el Legislador eliminó el mecanismo que antes existía para ampliar la cobertura y no previó un medio sustituto para el efecto, pese a que el artículo 48 superior le impone esa obligación.

- 2.2.2.** Los ministerios del Interior, Hacienda y de Salud aseguran que los cargos planteados por el actor no cumplen los requisitos exigidos por esta Corporación para generar un debate constitucional, y por ello solicitan un **fallo inhibitorio**.

El primero considera que los cargos del demandante carecen de certeza, pues se fundamentan en interpretaciones subjetivas sobre la naturaleza de la UPC. A juicio del Ministerio del Interior, es indudable que se trata de un recurso parafiscal, de modo que la demanda se basa en una premisa falsa.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público también estima que los cargos no reúnen el requisito de certeza, pero por fundamentarse en un contenido normativo que no emana de las disposiciones constitucionales que se alegan violadas. Además, asevera que los cargos carecen de claridad, especificidad y pertinencia, pero no explica las razones de su afirmación.

Por último, el Ministerio de Salud –de forma extemporánea- estima que los cargos adolecen de pertinencia y suficiencia, ya que **(i)** la inconformidad del actor es de orden legal y no constitucional –no es clara la razón de esta afirmación-; **(ii)** la argumentación se fundamenta en razones de conveniencia, en particular la necesidad que asiste a la población de que se amplíe la cobertura del sistema de salud; y **(iii)** el planteamiento no ofrece suficientes elementos de juicio para generar un debate constitucional –no se explica con detalle este argumento-.

- 2.2.3.** Por otra parte, la Superintendencia Nacional de Salud, los ministerios del Interior, Hacienda y Salud –estos últimos como argumento subsidiario-, Acesi, la Universidad del Sinú y la Procuraduría **defienden la constitucionalidad** de la disposición demandada. Sus argumentos coinciden en términos generales y pueden resumirse de la siguiente manera: **(i)** cuando los particulares participan en la prestación de un servicio público –como las EPS-, deben sujetarse a las normas de orden público que regulan la materia; **(ii)** de acuerdo con el artículo 48 constitucional y la normativa vigente, las UPC que reciben las EPS son recursos parafiscales –es decir de naturaleza pública- que deben aplicarse directamente a la prestación del servicio de salud; **(iii)** la naturaleza parafiscal y la destinación específica de los recursos de la UPC no desaparecen con el paso del tiempo; **(iv)** el Legislador y la Administración tienen competencia para establecer controles sobre el manejo de los recursos del SGSSS; **(v)** la medida de control que establece el precepto demandado constituyen una restricción proporcionada de las libertades económicas de los particulares que concurren a la prestación del servicio de salud –como las EPS-, pues persigue una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional –evitar que se desvíen los recursos del sistema de salud- y no anula la posibilidad de tales actores de adquirir activos fijos con sus propios recursos –como el margen de utilidad que les corresponde a las EPS-; y **(vi)** no es cierto que el flujo de recursos del SGSSS tenga relación directa con el fortalecimiento de la infraestructura



hospitalaria del país, en otras palabras, la medida acusada no obstaculiza la ampliación de la infraestructura (este argumento, expuesto por Acesi y la Universidad del Sinú, no es desarrollado).

- 2.2.4. Por el contrario, Alba Patricia Céspedes Sanabria y Acemi apoyan la demanda y solicitan que se declare **inexequible** el inciso demandado. La ciudadana alega que el precepto materia de examen vulnera **(i)** el artículo 13 de la Constitución, ya que conlleva un trato discriminatorio para las EPS respecto de otras entidades del Sistema General de Seguridad Social que también manejan recursos parafiscales, como las cajas de compensación familiar, a quienes no se impone una prohibición como la censurada; y **(ii)** desconoce el artículo 49 superior, por cuanto al limitar el uso de la UPC para la compra de activos fijos, y en vista de la insuficiencia de IPS en el país, terminó por imponer una barrera que afecta la materialización del derecho constitucional al acceso a los servicios de salud.

Acemi, por su parte, **(i)** explica que la UPC que se entrega a las EPS remunera las responsabilidades que estas entidades tienen asignadas dentro del SGSSS, y que pueden resumirse en administración de riesgos financieros y de salud, y administración del acceso efectivo a los servicios por los usuarios; por tanto, la UPC tiene la naturaleza de una prima de seguro que se devenga según el tiempo transcurrido del riesgo asegurado. Una vez transcurrido ese tiempo, las EPS pueden incorporar los excedentes o utilidades a su presupuesto y darles el manejo que deseen con sujeción a la ley. La disposición demandada desconoce esa naturaleza de la UPC al imponer restricciones absolutas a su destino. **(ii)** Adicionalmente, señala que el precepto acusado contiene una medida de intervención económica para la que no se previeron límites, como exige la Carta Política, pues no se precisa el concepto de “gasto destinado a la prestación del servicio”, ni se indica cuándo los recursos de la UPC se convierten en recursos propios de las EPS. **(iii)** Finalmente, argumenta que la medida es desproporcionada porque genera una prohibición absoluta de inversión de la UPC –incluso cuando pierde su naturaleza parafiscal– en infraestructura, y por esta vía, impide a las EPS cumplir sus responsabilidades y afecta la eficiencia del sistema.

- 2.2.5. Por último, los ciudadanos Javier Mauricio Sabogal Jaramillo y Lina Vargas García comparten varios de los argumentos de quienes alegan la inconstitucionalidad del precepto, pero consideran que el problema puede solucionarse con un fallo de **exequibilidad condicionada**.

El primero sostiene que dentro de los fines de la seguridad social a los que se debe destinar la UPC, es necesario que se entienda incluida la adquisición de activos fijos asociados a la prestación de servicios de salud, con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio. Por ello solicita que se declare exequible el inciso demandado en el entendido que “(...) los recursos para la atención en salud no pueden usarse por las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales para adquirir activos fijos diferentes a los hospitalarios y médicos y asociados a la prestación del servicio de salud. Solamente con el producto de los excedentes de liquidez de la UPC y de los recursos que no son para la atención en salud (...) se pueden usar para adquirir activos

fijos tanto médicos y hospitalarios como los que no lo sean, como en actividades distintas a la prestación de servicios de salud”¹⁴².

La segunda interviniente indica que para solucionar los problemas de constitucionalidad que generaría entender que la disposición demandada impone una prohibición absoluta del uso de los recursos de la UPC para compra de activos fijos, aquella deben declararse exequible en el entendido que “(...) las EPS no pueden adquirir, con los recursos de la salud, activos fijos que no estén destinados a ampliar la cobertura del sistema o que no sirvan para mejorar la infraestructura de las redes hospitalarias destinadas a absorber la demanda de salud de los colombianos”¹⁴³.

- 2.2.6.** En este orden de ideas, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **en primer lugar**, si la demanda reúne los requisitos necesarios para suscitar un examen de constitucionalidad del inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438; **en segundo lugar**, en caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, cuál es el alcance normativo del precepto demandado; y **en tercer lugar**, si como afirma el demandante, tal contenido desconoce el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución, porque **(i)** impide que los particulares participen en la ampliación de la cobertura del sistema, **(ii)** por esta vía, impone un obstáculo desproporcionado para el cumplimiento de dicho fin, y **(iii)** contiene una omisión legislativa relativa, en tanto el Legislador no definió la forma como se continuaría ampliando la cobertura con recursos diferentes a los de la UPC.

Para resolver estos interrogantes, la Sala analizará **(i)** cuál es el papel de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social en salud y, en especial, respecto de la ampliación de la cobertura del SGSSS; **(ii)** cuál es la naturaleza y destino de los recursos del SGSSS, específicamente de la UPC que se reconoce a las EPS; y **(ii)** cuál es el alcance de la obligación de “ampliación progresiva de la Seguridad Social”, específicamente en relación con la seguridad social en salud.

La Sala aclara que dada la naturaleza rogada del control constitucional de las leyes ordinarias –como a la que pertenece el precepto demandado–, solamente se ocupará de los cargos formulados por el demandante y no de otros cargos presentados por los intervinientes relacionados con disposiciones constitucionales diferentes al artículo 48.

2.3. EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

- 2.3.1.** El artículo 2° del decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad¹⁴⁴. Concretamente, el ciudadano que ejerce

¹⁴² Cfr. fol. 250.

¹⁴³ Cfr. fol. 291.

¹⁴⁴ “Artículo 2°. 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

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 ibídem y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

- 2.3.2.** En la sentencia C-1052 de 2001¹⁴⁵, 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 tienen que 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 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 censuradas.

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.

- 2.3.3.** En esta oportunidad, la Sala considera que los dos primeros cargos del demandante reúnen los elementos necesarios para suscitar un debate constitucional, mas no así el tercero, como a continuación se explica:

- 2.3.3.1.** El demandante señala con claridad cuál es la disposición demandada –inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438- y qué precepto constitucional considera infringido –inciso tercero del artículo 48-. Luego interpreta cada una de estas disposiciones. Respecto del precepto

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.”

¹⁴⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



acusado, sugiere que prohíbe a las EPS el empleo de la UPC para la adquisición de activos fijos, específicamente, “(...) para el desarrollo de infraestructura propia con la cual ampliar y atender la prestación de servicios de salud para sus afiliados”¹⁴⁶. En este orden de ideas, interpreta que la expresión “los recursos para la atención en salud” empleada por el inciso demandado se refiere específicamente a la UPC, y que unos destinatarios de la prohibición son las EPS.

De otro lado, el actor entiende que el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución¹⁴⁷ comprende tres contenido normativos: **(i)** impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, **(ii)** la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social –que incluye el servicio de salud-, y **(iii)** asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

La Sala considera que la exégesis del demandante del precepto censurado, además de ser clara, es *prima facie* razonable. Ciertamente, la UPC, en términos generales, constituye un recurso para la atención en salud, como lo ha reconocido esta Corporación en varias oportunidades. Además, es posible entender que las EPS son destinatarias de la prohibición contenida en el inciso acusado, ya que aunque no son expresamente mencionadas en éste, sí lo son en el inciso anterior, y en todo caso son administradoras de recursos para la atención en salud. En este orden de ideas, la Sala considera que en este respecto los cargos reúnen el requisito de certeza. Más adelante la Sala examinará si efectivamente esa es la interpretación que debe darse a la disposición.

La Sala también encuentra que el esfuerzo argumentativo que lleva a cabo el actor en relación con el inciso tercero del artículo 48 de la Carta es *prima facie* razonable, ya que **(i)** efectivamente la disposición señala que el Estado, con la participación de los particulares, debe ampliar la cobertura de la seguridad social; **(ii)** la salud es uno de los componentes del Sistema General de Seguridad Social de acuerdo con la ley 100; **(iii)** los instrumentos internacionales –algunos parte del bloque de constitucionalidad- que se citan en la demanda se refieren a la obligación de ampliación progresiva de los niveles de protección de la seguridad social en salud; y **(iv)** la parte final del inciso indica que la ley determinará la forma como se deben prestar los servicios. Lo anterior no significa que la Sala acoja la interpretación del demandante, simplemente la encuentra *prima facie* razonable a efectos de estructurar una demanda de inconstitucionalidad, con mayor razón examinada a la luz del principio *pro accione*.

Con fundamento en estas observaciones, la Sala concluye que los tres cargos que formula el demandante, en tanto se estructuran a partir de las interpretaciones antes examinadas, reúnen el requisito de certeza.

2.3.3.2. A juicio de la Sala, los cargos también reúnen el requisito de pertinencia, puesto que, de un lado, parten de un específico entendimiento del inciso tercero del artículo 48 superior, y de

¹⁴⁶ Cfr. fols. 4 y 5.

¹⁴⁷ Este inciso dispone: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”.



otro, generan dudas de orden constitucional sobre asuntos tales como el papel que la Constitución asigna a los particulares en la prestación del servicio de seguridad social en salud, cómo debe ampliarse progresivamente la cobertura del sistema desde el punto de vista de la infraestructura, y cuáles son las responsabilidades de los actores del sistema en el cumplimiento de este fin, entre otros.

En este punto la Sala discrepa de las apreciaciones del Ministerio de Salud. En primer lugar, estima que el actor no persigue una confrontación entre normas de naturaleza legal, sino un análisis del precepto demandado desde el punto de vista de las obligaciones que emanan del artículo 48 de la Carta, entendido a la luz de obligaciones internacionales del Estado colombiano en la materia.

En segundo lugar, para la Sala el segundo cargo del demandante no se basa en razones de conveniencia; el Ministerio afirma:

“(…) se advierten razones de conveniencia cuando so pretexto de alegar vulneración a la Carta, lo que evidencia es la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma para así, en su criterio, poder ampliar la cobertura en la prestación de servicios de salud debido a la necesidad que el asiste a la población”¹⁴⁸.

Por el contrario, para la Corte el cargo se desprende de la interpretación que el actor hace del inciso tercero del artículo 48 de la Constitución –el cual la Sala ya calificó como razonable–, específicamente de la obligación que a su juicio emana del precepto constitucional en el sentido de ampliar la cobertura de la seguridad social, de modo que no se fundamenta en razones de simple conveniencia.

2.3.3.3. En criterio de esta Corte, los dos primeros cargos son además suficientes, es decir, contienen todos los elementos de juicio necesarios para suscitar un debate constitucional, puesto que **(i)** parten de una interpretación razonable del precepto demandado y de la disposición superior que se señala como infringida; y **(ii)** contienen argumentos que generan dudas sobre la constitucionalidad del precepto a la luz de preguntas como cuál es el papel que la Constitución le impone a los particulares en el marco de la prestación de los servicios de la seguridad social, y cómo debe entenderse la destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud a la luz de la obligación de ampliación de la cobertura, entre otras. Además, la demanda está acompañada de un análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia y de varios instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano, lo cual fortalece el alcance persuasivo de los dos primeros cargos (lo que no significa que la Sala comparta todas las conclusiones del demandante, como más adelante expondrá).

2.3.3.4. No ocurre lo mismo con el tercer cargo, es decir, para la Sala el demandante no estructura un cargo suficiente ni específico a la luz de la doctrina constitucional sobre la omisión legislativa relativa.

¹⁴⁸ Cfr. fol. 296.



En materia de omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la demanda debe generar al menos un principio de duda de orden constitucional sobre la existencia de los siguientes elementos¹⁴⁹: **(i)** la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo, en particular, esta Corporación ha precisado que el cargo debe referirse a un contenido normativo existente; **(ii)** la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta; **(iii)** la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión; **(iv)** la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales; y **(v)** la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión¹⁵⁰.

Además, cuando el cargo de omisión legislativa relativa se alega por ausencia de un elemento que por mandato constitucional debía ser previsto en la disposición acusada, la exigencia de especificidad demanda que el actor precise el ingrediente omitido y las razones por las cuales la Constitución exige indefectiblemente su inclusión

La Sala observa que si bien es cierto el demandante hace una interpretación razonable del inciso tercero del artículo 48 de la Carta y señala que impone al Legislador la obligación de “(...) determinar la forma como el Estado y los particulares deben desarrollar la ampliación progresiva de la cobertura de la prestación de servicios de la Seguridad Social”¹⁵¹, tal conclusión no contiene las razones por las cuales –a juicio del demandante- existe un mandato imperativo dirigido al Congreso para definir tales aspectos en la disposición demandada; en este punto el cargo carece de especificidad.

¹⁴⁹ Ver particularmente la sentencia C-185 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Estos elementos han sido reiterados en las sentencias C-192 del 15 de marzo de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-864 del 3 de septiembre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-289 del 2 de abril de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; y C-449 del 8 de julio de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵⁰ Por ejemplo, en la sentencia C-155 del 24 de febrero de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte declaró que el artículo 299 (parcial) del Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sobre los bienes excluidos de la masa de liquidación de las empresas del sector financiero, contenía una omisión legislativa relativa, pues no extendía su protección en materia de tratamiento contable a algunos de los recursos parafiscales de la seguridad social respecto de los cuales es clara la obligación del Legislador -establecida en el artículo 48 superior- de asegurar su destinación específica sin ninguna distinción. En consecuencia, la Corte declaró exequible la disposición en el entendido que la expresión “así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” alude a todos los recursos parafiscales de la seguridad social, a condición de que figuren como tales en la contabilidad de la correspondiente institución de seguridad social. En este caso, para la Corte el Legislador había omitido un ingrediente indispensable de la regulación, según el artículo 48 de la Carta. Posteriormente, en la sentencia C-394 del 23 de mayo de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte nuevamente halló la existencia de una omisión legislativa relativa en los artículos 2° y 15, parágrafo 3°, de la Ley 986 de 2005 “por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones”. A juicio de la Corte, el legislador había excluido de menare injustificada de los instrumentos de protección consagrados en dicha ley, las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, sus familias y las personas que dependen económicamente de ellas. Estas personas debían ser cobijadas por los efectos de las disposiciones en virtud del artículo 13 superior.

¹⁵¹ *Cfr.* fol. 43.



Adicionalmente, el actor se limita a afirmar que “la forma como el Estado y los particulares deben desarrollar la ampliación progresiva de la cobertura de la prestación de servicios de la Seguridad Social” no es definida en el resto de la normativa que rige la materia; el demandante no explica las razones de tal afirmación ni aporta elementos de juicio que generen una duda al respecto. Advierte la Sala que tampoco elabora argumento alguno sobre la falta de justificación de la exclusión del supuesto elemento omitido, se limita a asegurar que el Legislador debía regular en el precepto demandado la materia. Por tanto, el cargo no es suficiente para generar una duda sobre la existencia de la presunta omisión legislativa relativa a la luz de la doctrina constitucional sobre el punto.

En vista de las anteriores consideraciones, la Sala no examinará el cargo de omisión legislativa relativa formulado por el demandante debido a su ineptitud, y se limitará al estudio de las dos primeras acusaciones.

2.4. EL PAPEL DE LOS PARTICULARES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

- 2.4.1.** De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el Estado debe, con la participación de los particulares, ampliar progresivamente la cobertura del servicio.

El artículo 48 constitucional señala algunos lineamientos de cómo se debe garantizar derecho y el servicio público de la seguridad social, pero no delimita su contenido. Para ello es necesario acudir al bloque de constitucionalidad, a otros instrumentos internacionales y a la jurisprudencia de esta Corporación, entre otros.

Tenemos entonces que según los artículos 22 y 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “[t]oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” y “[t]oda persona tiene derecho (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce brevemente el derecho a la seguridad social, mientras el artículo 9 del Protocolo de San Salvador dispone:

- “1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de



accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

Para la Sala se destaca particularmente la definición propuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –intérprete autorizado del PIDESC- en su Observación General 19, porque recoge los elementos más importantes de la regulación internacional. De acuerdo con este documento:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”¹⁵²

En sentido similar, esta Corporación ha señalado que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad “(...) la cobertura de ciertas contingencias como la incapacidad laboral, la muerte o la vejez ‘mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determine la Ley’¹⁵³.”

- 2.4.2.** En desarrollo del artículo 48 superior en concordancia con el derecho internacional de los derechos humanos, la ley 100 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual comprende un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, cuya finalidad es la cobertura integral de las contingencias que afectan la calidad de vida de las personas, especialmente las que menoscaban su salud y su capacidad económica¹⁵⁴.

Dado que una de las contingencias contra las que protege el derecho a la seguridad social es el deterioro de la salud, el Libro II de la ley 100 creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como uno de los subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral, cuya finalidad es “(...) regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”¹⁵⁵. En consecuencia, este subsistema debe orientarse tanto por el artículo 48 como por el 49 –sobre el derecho fundamental a la salud- de la Constitución.

- 2.4.3.** El artículo 48 superior señala como principal sujeto pasivo del derecho a la seguridad social y, por tanto, como principal responsable de la prestación del servicio público de seguridad social, al Estado. Según dicho precepto, en términos generales, el Estado debe dirigir, coordinar y controlar la prestación del servicio, y ampliar progresivamente su cobertura. En lo que respecta a la protección frente a las contingencias que deterioran la salud, de acuerdo con el artículo 49 *ibídem*, es obligación del Estado **(i)** garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; **(ii)** organizar,

¹⁵² Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, consideración No. 2.

¹⁵³ Cfr. sentencia T-186 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵⁴ Ver el preámbulo de la ley 100.

¹⁵⁵ Cfr. artículo 152 de la ley 100.

dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud; **(iii)** establecer políticas para la prestación de dichos servicios por entidades privadas; **(iv)** ejercer vigilancia y control sobre estas últimas; **(v)** diferenciar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en la materia; y **(vi)** definir los aportes a cargo de cada uno de estos actores, de conformidad con la ley, es decir, establecer las fuentes de financiación.

Todas estas funciones fueron sistematizadas en la sentencia T-760 de 2008 de la siguiente manera:

“(…) 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.”¹⁵⁶

En resumen, el principal responsable de la garantía del derecho a la seguridad social y del servicio a que tal derecho da lugar, es el Estado. A él corresponde organizar, dirigir y regular el servicio con miras a garantizar los mandatos constitucionales.

- 2.4.4.** Sin embargo, el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio. Así, este precepto se refiere a los particulares en dos oportunidades: en el inciso tercero para señalar que el Estado, con la participación de los particulares, debe ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y en el inciso cuarto, cuando señala que el servicio podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. En el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud, el artículo 49 superior indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, quienes quedarán sujetas a su vigilancia y control, así como definir las competencias de dichas entidades.

Estas disposiciones muestran que la participación de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social, y específicamente en el ámbito de la salud, está condicionada a la regulación, vigilancia y control del Estado. En otras palabras, si bien es cierto la Constitución permite la participación de los particulares, éstos deben sujetarse a las reglas que establezca el Estado –a través del Congreso y el Ejecutivo-, quien puede definir los alcances de su participación con sujeción a la Carta Política, y someterse a su vigilancia y

¹⁵⁶ Cfr. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración 4.1.3.



control¹⁵⁷. Además, 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, como la salud¹⁵⁸.

- 2.4.5.** La jurisprudencia constitucional ha indicado que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración para regular la participación de los particulares en el SGSSS¹⁵⁹. No obstante, dicha regulación debe sujetarse a los límites que impone la Constitución, entre los cuales vale la pena destacar los principios de igualdad y proporcionalidad, y los núcleos esenciales de las libertades de empresa y de competencia¹⁶⁰. En este sentido, en la **sentencia C-289 de 2008**, la Corte destacó los siguientes aspectos que deben ser tenidos en cuenta para verificar si la regulación de la participación de los particulares en el SGSSS se ajusta a la Carta:

“(…) (i) que fuera llevada a cabo por ministerio de la ley; (ii) sin afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) obedeciendo a motivos suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía, que a su vez se compadezcan con los principios constitucionales específicos del ámbito de la seguridad social como la solidaridad, la universalidad o la eficiencia; y (iv) respetando el principio de proporcionalidad que limita el margen de intervención estatal cuando esta afecta derechos”.

- 2.4.6.** En resumen, el Estado es el principal obligado a garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud y, en consecuencia, el servicio público de seguridad social en salud a que dichos derechos dan lugar, que en el caso de Colombia se concreta en el SGSSS. Tal obligación se particulariza en las responsabilidades del Estado de coordinación, dirección, vigilancia y control de la operación del servicio. La Constitución prevé que los particulares pueden participar en la prestación del servicio, en los términos que determine la ley y los órganos rectores del SGSSS. Por tanto, el Legislador tiene libertad de configuración para regular la participación de los agentes privados, con sujeción a los límites derivados de la Carta, como los principios de igualdad y proporcionalidad, y el núcleo esencial de las libertades económicas de las que son titulares.

¹⁵⁷ Ver las sentencias C-516 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-1041 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

¹⁵⁸ Ver las sentencias C-616 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-260 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-675 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-917 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

¹⁵⁹ Ver las sentencias C-615 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-331 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-955 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1158 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras. De esta última se destaca el siguiente aparte: “Eso muestra que ha sido unánime la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de concluir que la Constitución confirió al legislador un importante margen de libertad –no de arbitrariedad– para configurar el sistema de seguridad social en salud y, en particular, para regular el modelo de participación de los particulares y el Estado en la prestación del servicio público de salud, lo que significa que la ley puede modular el grado de concurrencia de los particulares en la prestación del mismo, pero dentro de los principios y valores previstos en la Constitución para el efecto.”

¹⁶⁰ Ver las sentencias C-134 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1041 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-289 de 2008 y C-260 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-675 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-1158 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.



2.5. NATURALEZA Y DESTINO DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.5.1. El artículo 48 de la Constitución indica que “[n]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

En el ámbito del SGSSS, la normativa define varias fuentes de financiación, como las cotizaciones que efectúan los afiliados al régimen contributivo y que son recaudadas por las EPS (artículo 182 de la ley 100), los pagos moderadores como pagos “compartidos, cuotas moderadoras y deducibles” (artículo 187 *ibídem*), parte de recursos del Sistema General de Participaciones, los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, recursos propios de las entidades territoriales (artículo 214 de la ley 100 modificado por el artículo 11 de la ley 1122), entre otros¹⁶¹. En términos generales, estas fuentes de financiación están cobijadas por la prohibición del artículo 48 superior.

2.5.2. Para efectos de resolver los problemas jurídicos materia de esta providencia, interesa en particular la naturaleza y destino de las cotizaciones que el sistema percibe de los afiliados del régimen contributivo y la UPC que se reconoce a las EPS del régimen contributivo y del subsidiado. Al respecto, es importante hacer varias precisiones:¹⁶²

De conformidad con el artículo 177 de la ley 100, las EPS tienen, entre otras funciones, la de recaudar las cotizaciones de sus afiliados del régimen contributivo, por delegación del Fosyga. Según el párrafo del artículo 182 *ibídem*, los recursos originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema deben ser manejados por las EPS “en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad”¹⁶³.

El artículo 182 señala que con cargo a las cotizaciones recaudadas, el SGSSS reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada uno de sus afiliados, cuyo monto debe ser calculado “(...) en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería”¹⁶⁴.

¹⁶¹ Otros recursos que percibe el sistema son: sanciones por inasistencia a citas, y reembolsos por servicios derivados de accidentes de tránsito (se recobra al SOAT) y atención de enfermedades de origen profesional o accidentes laborales.

¹⁶² No se incluyen en esta exposición las regulaciones de la ley 1438, ello se hará más adelante.

¹⁶³ Además, el artículo 11 del decreto 1485 de 1994 dispone que las EPS no pueden disponer de los recursos de las cotizaciones y solamente pueden realizar operaciones financieras con los saldos que resulten a su favor una vez realizada la compensación con el Fosyga de las UPC.

¹⁶⁴ Inicialmente, el artículo 182 de la ley 100 señalaba que el cálculo de la UPC era una función del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), con fundamento en los estudios que realizara el Ministerio de Salud. Posteriormente, el artículo 3 de la ley 1122 de 2007 creó la Comisión de Regulación en Salud (CRES), a quien se asignó las funciones del CNSSS. Recientemente, el decreto 2560 de 2012 liquidó al CRES y trasladó sus funciones al Ministerio de Salud.



El reconocimiento de la UPC, según el artículo 177, se hace de la siguiente manera en el régimen contributivo: las EPS-C deben girar al Fosyga –subcuenta de compensación- “(...) la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación”, es decir, una vez se define el número de UPC a las que tiene derecho una EPS del régimen contributivo –de acuerdo con su número de afiliados-, ésta debe apropiárselas de las cotizaciones que ha recaudado y girar el excedente, si existe, al Fosyga. Si no existe excedente, de acuerdo con el decreto 1485 de 1994, la EPS puede solicitar al Fosyga el pago de los recursos que hagan falta de acuerdo con las UPC a que tenga derecho¹⁶⁵.

En el régimen subsidiado, de conformidad con el artículo 216-7 de la ley 100, en tanto no existen cotizaciones, los fondos seccionales, distritales y locales de salud deben girar a las EPS-S el valor de las UPC del régimen subsidiado que les corresponden según su número de afiliados. Estas UPC se financian con parte de las cotizaciones del régimen contributivo¹⁶⁶ y otros recursos públicos de las entidades territoriales y de la Nación¹⁶⁷.

La UPC –junto con otros recursos que reciben las EPS- tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS en el marco del SGSSS y en un contexto de equilibrio. De acuerdo con los artículos 182 y 215 de la ley 100, además del recaudo de las cotizaciones en el régimen contributivo y la afiliación, la función principal de las EPS es “(...) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”¹⁶⁸. De forma similar, el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 explica que las EPS son responsables de cumplir la función de aseguramiento, la cual comprende “(...) la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ El artículo 205 de la ley 100 también indica: “Las Entidades Promotoras de Salud recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten. Ver también el 220 de la ley 100 y el artículo 2 del decreto 1485 de 1994.

¹⁶⁶ El artículo 204 de la ley 100 señala que el 1,5% de las cotizaciones deben ser trasladados a la subcuenta de solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Estos recursos deben ser girados por las EPS a la subcuenta de solidaridad, de acuerdo con el artículo 221 de la ley 100.

¹⁶⁷ Ver artículo 214 de la ley 100.

¹⁶⁸ En el mismo sentido, el artículo 178 de la ley 100 sobre las funciones de la EPS, indica que éstas deben “[o]rganizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional.”

¹⁶⁹ El artículo 2 del decreto 1485 de 1994 indica explícitamente que las UPC deben ser invertidas por las EPS en la organización y garantía de la prestación de servicios de salud del POS a sus afiliados. El precepto dispone que una de las responsabilidades de las EPS es: “d. Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados **con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes**. Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con Instituciones Prestadoras y con Profesionales de la Salud;

Para el cumplimiento de estas funciones, el artículo 179 de la ley 100 dispone que las EPS “(...) prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales.”

2.5.3. Con el fin de hacer efectivo ese objetivo principal, la normativa prevé varias reglas a las que deben sujetarse las EPS para la administración de los recursos:

En primer lugar, el artículo 180 de la ley 100 indica que son requisitos de las EPS, entre otros, “[a]creditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación (...)”, “[a]creditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional”, y “[t]ener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.”¹⁷⁰ Estos requisitos buscan asegurar la viabilidad financiera de las EPS y la disponibilidad de recursos suficientes para garantizar a los afiliados la prestación adecuada del POS.

En segundo lugar, la normativa prevé varias reglas dirigidas a evitar que la integración vertical –de las EPS e IPS- conduzca a prácticas lesivas de los afiliados, en particular abusos de la posición dominante¹⁷¹; algunas de ellas son las siguientes:

implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud.” (negrilla fuera del texto)

¹⁷⁰ Los requisitos de solvencia y liquidez fueron establecidos inicialmente en el decreto 1485 de 1994. Éste señalaba entre otras reglas, que las EPS debían mantener como margen de solvencia un patrimonio mínimo un equivalente al monto que resultara de multiplicar el número de beneficiarios que tuviera cada mes por el valor del promedio ponderado mensual de la UPC. Luego el decreto 882 de 1998 definió los conceptos de margen de solvencia y liquidez; el primero hace referencia a la liquidez que debe tener una EPS para responder en forma adecuada y oportuna por sus obligaciones con terceros, sean estos proveedores de bienes, IPS o usuarios, mientras el segundo tiene relación con la capacidad de pago de las EPS para cancelar, en un término no superior a 30 días calendario, a partir de la fecha establecida para el pago, las cuentas de los proveedores de bienes IPS o usuarios. También se prevén reglas en la materia en los decretos 574 y 1698 de 2007, y 4789 de 2009.

¹⁷¹ El diseño original de la ley 100 partía de la separación de funciones entre las EPS e IPS, con el fin de que las EPS asumieran el papel de representantes de los afiliados frente a las IPS. Un estudio de la Universidad Nacional contratado por la CRES en 2010 explicaba al respecto: “Esta asunción de mayores costos [para el sistema en beneficio de las EPS como agentes] puede crecer cuando el modelo de pluralismo estructurado no opera en la práctica con la separación de funciones, en este caso la representación y prestación de los servicios de salud aparecen fundidos en una misma entidad. Es decir, se manifiesta el fenómeno de integración vertical entre el asegurador-agencia y el prestador de servicios de salud. || Desde la perspectiva de Williamson este proceso de integración es ‘la sustitución del intercambio de mercado por la organización interna’. Siguiendo Williamson y Coase, tal tipo de estrategias obedece a la necesidad de reducir costos y así mejorar los resultados en eficiencia, pues ello permite sustituir relaciones de mercado donde existen costos de transacción y opera el mecanismo de precios en la asignación de productos, por decisiones administrativas internas a las firmas. En estos casos se genera una nueva asimetría de información respecto al cumplimiento de la función de agencia pues podría suceder que cuando el agente (asegurador y comprador cauto), que representa los intereses del beneficiario [en este caso los afiliados], es a la vez productor de servicios médicos, las rentas derivadas de tener información privada no se reduzcan sino que aumenten. Circunstancia que redundará en un mayor esfuerzo por parte del regulador.” Cfr. Universidad Nacional de Colombia, facultades de Ciencias Económicas y Medicina. “Informe de cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”. Bogotá,



El parágrafo 1 del artículo 181 indica: “Cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.”

Más adelante, el parágrafo 1 del artículo 183 *ibídem* señala que el Gobierno Nacional podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción, en los casos en los que las EPS presten directamente los servicios.

El artículo 15 de la ley 1122 establece, de un lado, que las EPS “(...) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud”, y de otro, que las EPS del régimen contributivo deben garantizar la inclusión en sus redes de IPS de carácter público. Como se indicó en la sentencia C-1041 de 2007¹⁷², en la que se declaró exequible el artículo 15 de forma condicionada¹⁷³, ese precepto, aunque limita las libertades económicas de las EPS, se ajusta a la Carta, ya que lo hace de manera proporcionada en tanto persigue fines importantes como mejorar la calidad del servicio y controlar abusos de la posición dominante de las EPS, y se vale de un medio conducente para el efecto –existen estudios que respaldaban la relación de causalidad de restricción con el mejoramiento del sistema-.

Por su parte, según el artículo 16 *ibídem*, las EPS del régimen subsidiado deben tener ciertos porcentajes mínimos de contratación con las empresas sociales del estado (ESE), de acuerdo con la disponibilidad geográfica y otros factores.

2.5.4. Esta regulación ha llevado a la Corte a concluir en varias oportunidades que los recursos de la seguridad social en salud, en particular las cotizaciones que se recaudan entre los afiliados al régimen contributivo, son contribuciones parafiscales y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica. Algunos de los fallos más importantes en la materia son los siguientes:

2.5.4.1. En la **sentencia SU-480 de 1997**¹⁷⁴, al revisar los fallos de tutela dictados con ocasión de varias solicitudes de amparo de afiliados al sistema, a quienes distintas EPS negaban varios medicamentos y procedimientos por no estar en el POS, la Sala Plena hizo un examen de la

marzo de 2011. Disponible en http://www.cres.gov.co/Portals/0/acuerdos2010/UPC%202011%20marzo%2015_U%20Nala19.pdf, p. 11.

¹⁷² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷³ En la sentencia C-1041 de 2007 se declaró exequible el primer inciso del artículo 15 de la ley 1122 en el entendido que “(...) las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia”; y el inciso tercero en el entendido que “(...) dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%”.

¹⁷⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.



estructura financiera del SGSSS y resaltó lo siguiente: **(i)** los recursos que las EPS reciben – recaudan- por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son recursos parafiscales que, en consecuencia, deben ser administrados en cuentas diferentes a los de los recursos propios de las EPS; para estos efectos, las EPS actúan como meros recaudadores de recursos públicos¹⁷⁵; **(ii)** para que las EPS cumplan sus funciones, el SGSSS les reconoce una UPC por cada afiliado, cuyo valor es definido por los órganos rectores del sistema atendiendo a criterios indicados en la ley 100; **(iii)** la UPC debe destinarse por las EPS a garantizar el contenido del POS; **(iv)** no obstante, las EPS tienen derecho a una legítima ganancia¹⁷⁶.

A continuación, la Corte recordó que, según la jurisprudencia constitucional, es obligación de las EPS suministrar todos los medicamentos y servicios prescritos por los médicos tratantes, incluso aquellos no señalados en el POS cuando esté de por medio la vida del paciente¹⁷⁷. No obstante, como los medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS no son remunerados por la UPC, la Corte indicó que en esos casos, para asegurar el equilibrio del sistema y no imponer una carga desproporcionada a las EPS, éstas podrían repetir contra el Estado, específicamente contra el Fosyga¹⁷⁸.

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte concedió la tutela en los casos en los que existía orden del médico tratante y autorizó a las EPS a repetir contra el Fosyga.

¹⁷⁵ La Corporación explicó: “(...) lo principal es que se tenga conciencia de que **lo que se recauda** no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, **una contribución parafiscal**” (negrilla fuera del texto).

¹⁷⁶ En el fallo se aclara: “Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema.”

¹⁷⁷ La Corte indicó: “Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado” (énfasis original).

¹⁷⁸ En el fallo se explica: “Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promoción de la salud” (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.”



2.5.4.2. En la **sentencia C-1489 de 2000**¹⁷⁹, en el marco del control constitucional de los artículos 215 y 216 de la ley 100 sobre la participación en la administración del régimen subsidiado de las antiguas ARS privadas, la Corte señaló que la destinación específica de los recursos del SGSSS no es incompatible con la participación de los particulares en la administración del sistema, lo cual incluye por su puesto sufragar sus gastos administrativos, entre otros.

La Corporación señaló que la participación de los particulares sería inconstitucional si “(...) la presencia de entidades intermediarias para la administración del RS, (...) estuviera explícitamente prohibida por alguna disposición de la Carta, o representara un costo irracional e innecesario, ya que, de ser así, su incorporación podría ser considerada un obstáculo para el logro de la universalidad, ya que la ley habría establecido un sistema manifiestamente ineficiente”.

Además recordó que la destinación específica de los recursos del sistema no se limita al acto médico. Al respecto, resaltó: “(...) por prestación del servicio de salud o de seguridad social en salud no puede entenderse únicamente la realización del acto médico sino también la ejecución de todos otros aquellos aspectos de prevención, administración de recursos, divulgación y promoción, entre otros, que hacen posible y eficiente la acción directa de los profesionales de la salud.” En este orden de ideas, la Corporación precisó que no puede entenderse que el pago de los gastos administrativos –los cuales incluyen una legítima ganancia- de los particulares que participan en la administración del régimen subsidiado sea una desviación de los recursos de la salud, ya que “(...) los gastos administrativos de esas entidades, que son necesarios para la prestación efectiva del servicio médico”. Vale la pena destacar el siguiente aparte del fallo:

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

En ese mismo orden de ideas, si la ley hubiera establecido que directamente las autoridades públicas locales debían administrar el subsidio a la demanda, de todos modos esa gestión implicaría costos administrativos, y sería igualmente irrazonable suponer que esos gastos son una desviación de los recursos de seguridad social a otros fines ya que, insiste la Corte, las personas pobres no pueden beneficiarse de esos subsidios, si no existe una

¹⁷⁹ M.P. Alejandro Martínez Caballero. Los cargos que dieron lugar a esa providencia son en varios aspectos similares a los que suscitan la presente decisión, pues el demandante sostenía que “(...) la consagración legal de la existencia de las ARS como entidades administradoras de los recursos del sistema (su función de intermediarias entre el giro de los recursos y el pago por la prestación de los servicios), genera un desequilibrio financiero del sistema. Lo anterior, por cuanto, según señala, dicha intermediación permite que una parte de los recursos del Sistema - específicamente la correspondiente al margen porcentual destinado para gastos de administración-, sean destinados para gastos diferentes a los de prestación de servicios de salud, lo que comporta un sobre costo innecesario y conlleva la disminución de la capacidad financiera del Sistema para efectos de ampliación de la cobertura.”



organización administrativa eficiente que permita que el subsidio llegue al usuario que lo requiere, y que éste sepa como utilizarlo adecuadamente.

En tal contexto, no es razonable suponer que los gastos en que incurran las ARS para llevar a cabo su labor de administración del RS, y la legítima ganancia que esas entidades tienen derecho a obtener¹⁸⁰, representen una desviación de los recursos de seguridad social. Otra cosa sería que la ley autorizara a esas entidades a utilizar esos fondos para labores sin relación con la prestación de los servicios de salud en el RS. Pero ello no es así, ya que, como bien lo destacan varios intervinientes, el ordenamiento ha sido cuidadoso en evitar que esos dineros se confundan con el presupuesto general de las ARS. Estas entidades deben diferenciar los recursos provenientes del RS de sus dineros propios, de conformidad con lo señalado tanto en el numeral 5 del artículo 24 como en el artículo 25 del decreto 1895 de 1994, precisamente para asegurar que los recursos de seguridad social no sean destinados a otros fines” (negrilla fuera del texto).

Luego, esta Corte concluyó que la participación de las antiguas ARS en el régimen subsidiado no constituía una decisión caprichosa del Legislador, pues según varias consideraciones técnicas y empíricas tenidas en cuenta, podía ayudar a mejorar la eficiencia del sistema.

Con fundamento en estas consideraciones se declararon exequibles los artículos 215 y 216 de la ley 100.

2.5.4.3. En la **sentencia C-828 de 2001¹⁸¹**, al abordar una demanda contra el artículo 1º la ley 633 de 2000 por gravar con el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) todas las transacciones entre EPS e IPS, incluidos los pagos de los servicios del POS, la Corte sostuvo que los recursos del SGSSS son parafiscales, incluidos los pagos de las EPS a las IPS por contenidos del POS, y por tanto, no pueden ser gravados con impuestos generales como el GMF, so pena de violar el artículo 48 de la Constitución.

Respecto a la UPC, este tribunal precisó que representa el pago de los servicios administrativos en los que incurre la EPS, así como el costo de la prestación de los contenidos del POS, razón por la cual no puede catalogarse como una renta propia de las EPS. También aclaró que la UPC no puede interpretarse en estricto sentido como una prima de seguro, ya que la relación entre la EPS y sus afiliados no es la de un contrato de seguros clásico “(...) porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general”.

En el caso específico, la Corte observó que la disposición demandada no hacía distinción entre los contratos de prestación de servicios de salud cubiertos por el POS y los contratos de sobreaseguramiento en salud propios de los planes complementarios y demás servicios ofrecidos por las EPS, de modo que gravaba las dos transacciones por igual, lo que

¹⁸⁰ “Ver sentencia SU-480 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 7.”

¹⁸¹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

significaba una violación del artículo 48 superior. Por esta razón declaró exequible el precepto acusado en el entendido que “(...) la exención comprende las transacciones financieras que se realicen entre las EPS y las IPS y entre las ARS y las IPS con motivo de la prestación del Plan Obligatorio de Salud”.

2.5.4.4. En la **sentencia C-1040 de 2003**¹⁸², en vista de una demanda contra el artículo 111 (parcial) de la ley 788 de 2002 bajo el argumento de que desconocía la destinación específica de los recursos de la seguridad social al gravar en porcentajes del 20% -en el régimen contributivo- y 15% -en el régimen subsidiado- los recursos que reciben las EPS de la UPC con el impuesto de industria y comercio, la Corporación explicó que los recursos del SGSSS son parafiscales y que la destinación específica cubre tanto los rubros dirigidos a la prestación de los servicios del POS, como los de gastos de administración del sistema¹⁸³, los cuales consideró que son los destinos de la UPC. Estos rubros, en consecuencia, señaló la Sala que no pueden ser materia de impuestos, pues ello alteraría la destinación específica, razón por la cual declaró inexecutable las expresiones “en el porcentaje de la Unidad de Pago Por Capitación, UPC, destinado obligatoriamente a la prestación de servicios de salud”, “Este porcentaje será para estos efectos, del ochenta por ciento (80%) en el régimen contributivo y del ochenta y cinco por ciento (85%) de la UPC en el régimen subsidiado” del artículo demandado.

2.5.4.5. En la **sentencia C-549 de 2004**¹⁸⁴, con ocasión de una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 y la totalidad del decreto 1750 de 2003 -sobre la escisión del Instituto de Seguros Social (ISS) y el traslado de varios centros hospitalarios y clínicas a las nuevas ESE creadas con ocasión de la escisión-, la Corte reiteró que “las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud se erigen como contribuciones parafiscales”.

El actor alegaba que los preceptos demandados desconocían los artículos 150-12 y 338 de la Constitución, en tanto los centros y hospitales escindidos del ISS habían sido adquiridos con recursos parafiscales, de modo que al entregarlos a las nuevas ESE, se afectaba la destinación específica de los recursos.

La Corte sostuvo que efectivamente las cotizaciones que se recaudan por el SGSSS son contribuciones parafiscales, “(...) pues constituyen un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad”. En consecuencia -continuó-, las cotizaciones no son recursos propios de las EPS “(...) sino dineros públicos que deben destinarse a la prestación del servicio público de salud”. Sin embargo, en el fallo se aclaró que “(...) **el carácter parafiscal se predica tan solo los recursos provenientes de las cotizaciones, más no de los bienes y rentas propios de la entidades que prestan el servicio.** Por ello la Corte ha distinguido entre los

¹⁸² M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁸³ La Corte expresó: “Como la norma superior que se comenta no establece excepciones, la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio, lo cual es razonable pues unos y otros integran un todo indivisible, tal como se desprende del principio superior de eficiencia ya comentado.”

¹⁸⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



recursos parafiscales que administran las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud y su propio patrimonio y rentas” (negrilla fuera del texto).

Después de estas consideraciones, la Corporación concluyó que las disposiciones demandadas eran exequibles frente al cargo analizado, por las siguientes razones que vale la pena transcribir:

“(i) Porque como se acaba de explicar, el patrimonio de las entidades cuyo objeto social es la prestación del servicio público de salud no constituye un ‘recurso parafiscal’, por lo cual su transferencia o transferencia parcial a otras entidades no puede desconocer la destinación específica de este tipo de recursos.

(ii) Porque, lo más importante, la parafiscalidad no puede interpretarse en el sentido según el cual tal categoría de recursos sólo pueden destinarse al beneficio individual y personal de quienes los han tributado, sino que debe entenderse que esas contribuciones están destinadas a favorecer a todo el sector que las tributa; por lo cual, aun suponiendo que los activos patrimoniales propios del ISS que se transferirán a las nuevas empresas creadas a partir de la escisión hubieran sido adquiridos con recursos parafiscales, y que esta circunstancia impidiera dirigirlos a otra destinación diferente de la prestación del servicio público de salud, es claro que ello no sucederá, pues en las nuevas empresas que se crean tales bienes patrimoniales continuarán dedicados a favorecer al mismo sector que los tributó, es decir al Sistema de Seguridad Social en Salud.

(iii) Finalmente, la Corte observa que el supuesto fáctico sobre el que se edifica esta acusación no está probado. Es decir, no se encuentra demostrado que los bienes patrimoniales del ISS que se transferirán a las nuevas empresas sociales del Estado hayan sido totalmente adquiridos con las cotizaciones hechas por los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.”

2.5.4.6. Posteriormente, en la **sentencia C-824 de 2004**¹⁸⁵, con ocasión de una demanda contra el artículo 48-10 (parcial) de la ley 788 de 2002 porque, a juicio del demandante, sometía los gastos administrativos de las EPS al GMF y, por tanto, era contrario a la destinación específica de los recursos de la salud, la Corte reiteró que las cotizaciones, tarifas, copagos y bonificaciones que las EPS recaudan son contribuciones parafiscales que no se pueden confundir con su patrimonio, e indicó que uno de los destinos de esos recursos permitido por la Constitución es el pago de los gastos administrativos en los que incurren las EPS.

Para la Corporación, los gastos administrativos que paga la UPC son necesarios para la prestación del servicio de seguridad social en salud, por tanto, hacen parte de la destinación específica a la que alude el artículo 48 superior y por ello no pueden ser gravados con el GMF. En palabras de la Corte:

“En ese orden de ideas, si es necesario que una parte de los recursos del SGSSS sean dedicados a gastos administrativos, precisamente para que el sistema pueda operar y

¹⁸⁵ M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.



puedan ser realizados los actos médicos, entonces es obvio que los dineros destinados a financiar esos gastos administrativos son recursos del sistema de seguridad social, que no pueden entonces ser gravados, ya que dichos gravámenes implican que una parte de esos ingresos entraría a engrosar el presupuesto general, con lo cual un componente de los dineros de la seguridad social es destinado a otros propósitos, con clara vulneración de la prohibición prevista en el artículo 48 superior.”

Lo contrario ocurre con los recursos propios de las EPS originados en sus ganancias, contratos de medicina prepagada, etc., los cuales, precisó la Corporación, no son recursos del sistema y, por tanto, sí pueden ser gravados¹⁸⁶.

Por estas razones se declaró inexecutable la expresión “diferentes a los que financian gastos administrativos” del precepto demandado.¹⁸⁷

- 2.5.5.** No obstante la naturaleza parafiscal y, por tanto, la destinación específica de los recursos originados en las cotizaciones, copagos, tarifas, etc., que recaudan las EPS, de la anterior exposición es importante resaltar dos aspectos:

En primer lugar, la Corte ha reconocido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable¹⁸⁸, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.

Dicho beneficio económico –utilidad-, por su propia naturaleza, hace parte de los recursos propios de la EPS y, en consecuencia, es de libre destinación. En este contexto deben ser leídas particularmente las sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004, es decir, si bien es cierto la UPC se origina en recursos parafiscales y su finalidad principal es pagar el aseguramiento del POS a cargo de las EPS y sus gastos de administración, la remuneración incluye un margen de utilidad que es propiedad de las EPS. No obstante, la

¹⁸⁶ La Corte precisó: “26- La Corte considera que los recursos propios de las EPS y ARS producto de sus ganancias, de los contratos de medicina prepagada, publicidad y demás actividades son ingresos que pueden ser gravados ya que específicamente esos dineros no son de la seguridad social. Esta tesis la ha sostenido la Corte en múltiples oportunidades, en la medida en que éstos, al no ser recursos del sistema sino propios de la actividad mercantil de estas entidades, no llevan implícita la destinación específica dirigida específicamente hacia la protección de la salud. En este sentido, nada limita al legislador para que decida gravar este tipo de recursos, que se insiste, no forman parte del sistema de seguridad social y por ende nada tienen que ver con los gastos propios de la actividad compleja que suscita el engranaje de la seguridad social. Son los recursos después del ejercicio los que claramente están en cabeza de la EPS o de la ARP, y sobre ellos es libre el legislador para imponer los gravámenes que considere necesarios, respetando evidentemente los principios tributarios y los criterios de proporcionalidad.”

¹⁸⁷ Ver también las sentencias C-542 de 2008 M.P. Hernando Herrera Vergara, en la que se resaltó la naturaleza parafiscal de los recursos que recaudan las EPS por concepto de copago y su destinación a la financiación de los servicios de salud; y C-655 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil sobre el pago por las EPS de una tasa de control fiscal.

¹⁸⁸ Ver las sentencias SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Corte debe precisar que si el porcentaje de los gastos de administración genera excedentes, significa que la fijación de la UPC, que corresponde a los órganos rectores de la seguridad social¹⁸⁹, fue realizada con base en información desactualizada o no fiable, siendo responsabilidad de las entidades estatales que efectuaron el cálculo, evitar que los dineros de la salud entren, sin justificación suficiente, como recursos propios, a las arcas de las EPS a través de dicho rubro.

En segundo lugar, la destinación específica de los recursos parafiscales de la seguridad social ha sido entendida de manera amplia por esta Corporación, en el sentido que comprende, entre otros aspectos, la financiación parcial de las funciones de vigilancia y control que desarrolla la Superintendencia Nacional de Salud¹⁹⁰ y los gastos administrativos de las EPS¹⁹¹. Estas actividades tienen en común el ser necesarias para el adecuado y eficiente funcionamiento del SGSSS.

2.6. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE AMPLIACIÓN PROGRESIVA DE LA COBERTURA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.6.1. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, “[e]l Estado, con la participación de los particulares, **ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social** que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”. Como la Sala tuvo la oportunidad de explicar anteriormente, la seguridad social otorga el derecho a la protección frente a contingencias que afectan la salud, de ahí que pueda hablarse de la seguridad social en salud como una modalidad específica del derecho a la seguridad social.

El artículo 48 superior se encuentra en concordancia con el artículo 2.1 del PIDESC y el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según el primero, los estados partes

¹⁸⁹ De hecho la anterior CRES venía tomando en cuenta un margen de utilidad para las EPS al calcular la UPC. En ese sentido, en el estudio técnico elaborado por la Universidad Nacional que sirvió a la CRES para fijar el valor de la UPC de 2011, se indica que debe tenerse en cuenta para calcular la UPC, además de los costos promedio de garantía del POS y los gastos de administración, la utilidad de la EPS; con base en esos criterios efectivamente la CRES calculó la UPC de ese año. El informe indica al respecto: “En consecuencia, aunque existe una relación entre la UPC y el costo del plan de beneficios no se trata de una equivalencia, y la utilidad del negocio del asegurador depende de la sumatoria de todos los factores señalados. Así, es función del regulador, explícita o implícita, aprobar anualmente una UPC que tenga cuenta de la posibilidad de utilidad por parte de los aseguradores contemplados todos los ingresos y gastos derivados de la operación del aseguramiento, al menos mientras no se defina, como en el régimen subsidiado, un margen fijo de administración y utilidad sobre el costo de la prima bruta.” Cfr. Universidad Nacional de Colombia, facultades de Ciencias Económicas y Medicina. “Informe de cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”. Luego agrega: “Con esta perspectiva la UPC debe ser entendida como la sumatoria entre la prima pura obtenida a través del cálculo de la frecuencia por los costos en la utilización de servicios y el valor resultante de considerar otros componentes como otros ingresos y gastos operacionales, los gastos operacionales y los gastos correspondientes a administración, ventas y utilidades.” Bogotá, marzo de 2011. Disponible en http://www.cres.gov.co/Portals/0/acuerdos2010/UPC%202011%20marzo%2015_U%20Nala19.pdf P.p 24 y 29. Ver acuerdo 030 de 2011 de la CRES.

¹⁹⁰ Ver sentencia C-731 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁹¹ Ver sentencias C-1489 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, y C-824 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.



—como Colombia- se comprometen a “(...) adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados**, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, derechos entre los que se encuentran la seguridad social y la salud. Un mandato similar se encuentra en el segundo artículo.

El artículo 2.1. del PIDESC fue interpretado por el Comité DESC —órgano encargado de hacer seguimiento al cumplimiento del pacto- en su Observación General No. 3. En dicho documento, el Comité precisó que “(...) el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo”, sin que ello signifique que los estados no deban comenzar a adoptar medidas de manera inmediata. Para el Comité, este principio “(...) impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta”, así como la adopción de medidas “(...) deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.

- 2.6.2.** En desarrollo de estas disposiciones, entre otras, esta Corporación ha indicado que los contenidos prestacionales de los derechos fundamentales —como la salud y la seguridad social- están sometidos al **principio de progresividad y no regresión**¹⁹², el cual conlleva **(i)** la obligación del Estado de ampliar su nivel de realización y **(ii)** la proscripción de la reducción de los niveles de satisfacción actuales¹⁹³.

¹⁹² Ver la sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En este fallo la Corte aclaró que el principio de progresividad y no regresión se predica de todas las facetas prestacionales de todos los derechos fundamentales, no solamente los DESC. La Corporación explicó: “La introducción del principio en el contexto de los derechos económicos sociales y culturales se debió a la creencia ya superada por la comunidad internacional de que a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales implican grandes contenidos prestacionales que no pueden exigirse de manera inmediata a los estados parte sino de forma gradual. Sin embargo, como se analizó anteriormente, hoy es ampliamente aceptado que los derechos civiles y políticos también contienen dimensiones prestacionales, así como que los derechos económicos, sociales y culturales también cobijan facetas negativas o de abstención. En este orden de ideas, no hay razón para no extender el principio de progresividad y no regresión también a las facetas prestacionales de los derechos civiles y políticos”.

¹⁹³ Ver, entre otras, las sentencias C-671 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, C-556 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, y C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En la sentencia C-507 de 2008, la Corte expuso algunas hipótesis en las que se vulnera este principio: “(...) la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población.” Además, el principio 14 b) de los Principios de Maastricht señala, por ejemplo, que se produce una violación del principio de progresividad con actuaciones tales como “la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza”.



En la **sentencia C-671 de 2002**¹⁹⁴, la Corte definió este principio de la siguiente forma que vale la pena destacar:

“[E]l mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional” (referencias eliminadas).

Además, en la **sentencia C-372 de 2011**, este tribunal aclaró:

“(…) este principio no implica una prohibición absoluta de adoptar medidas regresivas; se trata de una prohibición *prima facie*, pues tales medidas pueden tener lugar al amparo de la Carta, siempre y cuando se encuentren debidamente justificadas en términos de realización de otros derechos fundamentales y después de un exhaustivo análisis de las otras opciones disponibles. En este sentido, en la sentencia C-1141 de 2008, la Corte precisó que la cláusula de no retroceso en definitiva supone que una vez logrados ciertos avances en la concreción de los derechos, ‘(...) **las condiciones preestablecidas no pueden ser desmejoradas sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa por las autoridades competentes**’ (referencias eliminadas).

2.6.3. En el marco de la seguridad social, con fundamento en la Observación General No. 19 del Comité DESC, la Sala estima que algunos de los contenidos prestacionales sujetos al principio de progresividad son:

En primer término, la disponibilidad de uno o varios planes que garanticen las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales cubiertos por el derecho, y que como indica ese documento, deben abarcar garantías frente a al menos las siguientes contingencias: deterioro de la salud y pérdida o deterioro de los ingresos por enfermedad, vejez, desempleo y accidentes laborales, así como prestaciones para protección de grupos vulnerables como niños, personas en situación de discapacidad, madres de recién nacidos, huérfanos y sobrevivientes.

En segundo lugar, los niveles de prestaciones en términos de importe y duración, a fin de que se garanticen condiciones de vida adecuadas y acceso suficientes a la atención de salud.

Por último, la accesibilidad de los sistemas de seguridad social en términos de cobertura¹⁹⁵, condiciones (las cuales deben ser razonables, proporcionadas y transparentes), asequibilidad, participación y acceso físico.

¹⁹⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

¹⁹⁵ Vale la pena resaltar lo que indica la observación sobre la cobertura como componente de la accesibilidad: “23. Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos.”



2.6.4. Esta Corte considera que dado que la controversia gira en torno a la seguridad social en salud, también es preciso referirse a los contenidos del derecho a la salud sujetos al principio de progresividad. Como lo ha venido haciendo desde hace varios años, la Sala también apela en este punto a las observaciones del Comité DESC, específicamente a la Observación General No. 14 sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”¹⁹⁶. Algunos de esos contenidos son:

En primer término, la disponibilidad, garantía que guarda relación con la existencia de “(...) un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”¹⁹⁷.

En segundo término, la accesibilidad, según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. En este respecto, si bien es cierto la obligación de no discriminación es de exigibilidad inmediata, la accesibilidad física, económica y en términos de información debe ampliarse progresivamente.

En tercer término, la aceptabilidad, de conformidad con la cual todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.

Finalmente, la calidad, contenido que demanda que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, y de buena calidad.

2.6.5. A partir de las anteriores disposiciones y consideraciones, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la obligación del Estado de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud se refiere a la afiliación y a la ampliación de los servicios disponibles, incluida la infraestructura médica, entre otros aspectos. Además, ha precisado que para cumplir esta obligación, es preciso que haya continuidad y ampliación progresiva de los recursos destinados para el efecto.

2.6.5.1. En este sentido, en la **sentencia C-1089 de 2000**¹⁹⁸, la Corte consideró que el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración del SGSSS, puede optar por subsidios a la oferta o a la demanda para ampliar la cobertura del sistema en términos de afiliación y prestación de

¹⁹⁶ Ver por ejemplo la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹⁷ La Observación señala: “Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.

¹⁹⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería.



servicios, específicamente de la población más pobre y vulnerable, y establecer que dichos subsidios se administren a través de entidades como las antiguas ARS¹⁹⁹.

2.6.5.2. En la **sentencia C-1165 de 2000**²⁰⁰, esta Corporación estimó que la obligación de ampliación progresiva impide disminuir los recursos destinados al Fosyga, específicamente para financiar el régimen subsidiado, pues esos dineros se emplean en la ampliación de los niveles de afiliación y mejorar la calidad. Por esta razón se declaró inexecutable el literal c) del artículo 34 de la ley 344 de 1996, disposición que en el marco de medidas de racionalización del gasto público, reducía al financiación de los recursos del Presupuesto General de la Nación dirigidos al Fosyga. La Corte señaló:

“Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aun estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.”

2.6.5.3. Por razones similares, en la **sentencia C-040 de 2004**²⁰¹, la Corte declaró inexecutable la expresión “con un cuarto de punto (0.25) de lo aportado por los afiliados al régimen contributivo” contenida en el artículo 42.20 de la ley 715 de 2001, ya que significaba una reducción de los recursos originados en el régimen contributivo y destinados a ayudar a financiar el régimen subsidiado. Se destaca el siguiente aparte:

“En este sentido, la Sala constata que en el presente caso se violan los mínimos de protección de la población más pobre y vulnerable dado que en las circunstancias y presupuestos previstos en la norma ni siquiera pueden acceder al régimen subsidiado.

Desde esta perspectiva, si conforme al principio de universalidad, el Estado debe garantizar la cobertura en seguridad social a todas las personas que habitan el territorio nacional e implementar, a medida que mejora el nivel de desarrollo del país, las condiciones para que las personas que aún se encuentran por fuera del régimen

¹⁹⁹ La Corte indicó: “13- Como ya se vio, la Carta expresamente no opta ni por un sistema de salud público, ni por uno privado, pues establece que la seguridad social y los servicios de salud son prestados por entidades públicas y privadas, de conformidad con la ley (CP arts 48, 49 y 365). Igualmente, en materia de salud, y con el fin de ampliar la cobertura y calidad, la ley puede optar por distintas formas de subsidio a la población de bajos recursos. Así, en determinados casos, el Congreso puede privilegiar los subsidios a la oferta de salud, a través de la financiación directa a los hospitales y a las entidades que prestan los servicios médicos; pero también puede la ley recurrir a mecanismos de subsidio a la demanda, por ejemplo, por medio de sistemas de seguro de la población usuaria, como los previstos por la Ley 100 de 1993.”

²⁰⁰ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰¹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.



subsidiado de salud puedan ingresar a él (principio de progresividad), una norma como la acusada transgrede los principios fundamentales del Estado social de derecho por cuanto mientras haya población pobre no afiliada a dicho régimen no se estará cumpliendo con el mínimo de cobertura exigido por la Constitución.”

Además, esta Corporación resaltó que la existencia de fuentes privadas de financiación del régimen subsidiado no releva al Estado de hacer los aportes suficientes, graduales y necesarios para ampliar progresivamente la cobertura del sistema.

2.6.5.4. Luego, en la **sentencia C-349 de 2004**²⁰², al examinar una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 y la totalidad del decreto 1750 de 2003 porque, a juicio del actor –entre otros cargos-, la escisión del ISS conducía a una reducción de la oferta de salud para los colombianos, la Corte recordó el carácter universal y expansivo de la seguridad social, en virtud del cual debe propender por ofrecer a las personas el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, y no limitarse a las prestaciones básicas²⁰³. En este orden de ideas, explicó que la obligación de ampliación progresiva y el principio de universalidad no se refieren solamente a la “extensión del servicio público de salud a todos los habitantes del territorio nacional” –afiliación-, sino también a la ampliación de la cobertura en términos de servicios disponibles, lo que supone, como se indicó en la sentencia C-1165 de 2002, la imposibilidad de reducir sin justificación constitucional, los recursos destinados para el efecto.

En relación con los cargos formulados, la Corte encontró que las disposiciones censuradas no se oponían a la Carta, ya que no conllevaban una reducción de la cobertura del servicio. Además, a juicio de la Corporación, la decisión se había basado en estudios técnicos –lo que descartaba la arbitrariedad de la decisión- que mostraban que la escisión era una medida adecuada para solucionar los problemas financieros del ISS y mantener la oferta de servicios.

2.6.5.5. Por último, vale la pena destacar la **sentencia C-1041 de 2007**²⁰⁴, en la que la Corte aclaró que la ampliación progresiva de la cobertura se predica de todo el sistema, es decir, es el sistema en conjunto, y no las EPS individualmente consideradas, a quien corresponde progresivamente ampliar la cobertura. Por esta razón, la Corte desestimó el cargo que se dirigía contra el artículo 15 de la ley 1122 -que restringe la integración vertical de las EPS- por obstaculizar la ampliación de la cobertura, en tanto, a juicio del demandante, impide a las EPS ser eficientes para atraer más afiliados²⁰⁵.

²⁰² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰³ Ver también la sentencia C-655 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰⁵ La Corte sostuvo: “En cuanto a la supuesta vulneración del principio de universalidad, establecido en el artículo 48 constitucional respecto del servicio público de seguridad social y en el artículo 49 superior en relación al servicio de atención en salud, tal acusación es formulada por el demandante desde una perspectiva errónea como se expondrá a continuación. Sostiene el actor que la limitación de la integración vertical impide la expansión en el mercado de las EPS “eficientes” en términos económicos, con el propósito de captar un mayor número de afiliados. Confunde entonces el demandante un principio que se predica del sistema considerado en su conjunto –la universalidad- con el interés particular de ciertos participantes del sistema –las entidades promotoras- de aumentar su participación en el mercado. || Al respecto basta anotar que el principio de universalidad orienta la acción del legislador y de los



2.7. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY 1438

2.7.1. Antes de la aprobación del artículo 23 de la ley 1438, había un intenso debate entre algunos actores del SGSSS y la Contraloría sobre la posibilidad de que las EPS adquirieran activos fijos con cargo a los recursos que perciben por las UPC. Esta discusión se suscitó, entre otras razones, por la ausencia de reglas específicas en la materia y la existencia de disposiciones que animaban interpretaciones opuestas.

2.7.1.1. Por un lado, en la circular externa 26 de 2006, la Superintendencia Nacional de Salud declaró que la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura es una práctica insegura e ilegal. La razón principal en la que se basó su instrucción es la naturaleza parafiscal de los recursos que perciben las EPS –de acuerdo con la jurisprudencia constitucional-, lo cual, en criterio de la entidad, conduce a que solamente puedan utilizarse “(...) en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS y su administración”. Esta advertencia fue reiterada en la circular externa 49 de 2008 y en el concepto jurídico 1-2010-028671 de 2010.²⁰⁶

Recientemente, en el auto del 10 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró que la interpretación de la circular externa 26 de 2006 era la correcta a la luz de la normativa constitucional y legal vigente antes de la ley 1438²⁰⁷. En el marco de la controversia que dio lugar a dicho auto, la Contraloría adoptó la misma interpretación²⁰⁸.

diferentes participantes del sistema de integral de seguridad social para avanzar, dentro de un mandato de progresividad, hacia la efectividad del derecho a la atención en salud de todas las personas mediante la ampliación de la cobertura del servicio público. En esa medida, las normas de seguridad social exigen ser interpretadas y aplicadas con un sentido **incluyente y progresivo** (tendiente a la universalidad), que permita hacer efectiva “la *garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de su vida*”²⁰⁵. Por lo tanto el principio de universalidad hace referencia a la ampliación paulatina de la cobertura del servicio público a la cual va aparejada una progresiva satisfacción del derecho a la salud, debe ser apreciado entonces respecto del funcionamiento del sistema en su conjunto y no respecto a una entidad promotora en particular” (énfasis original).

²⁰⁶ Con base en esa interpretación, por medio de la resolución 296 de 2010, ordenó a una EPS (i) restituir a la liquidez de la entidad recursos utilizados en la adquisición de activos fijos, (ii) atender con sus propios recursos las amortizaciones, intereses y otros costos que implicara la restitución de financiación externa a la que había acudido para la financiación de la adquisición de algunos de dichos activos, y (iii) abstenerse de “consumir la liquidez generada por cualquier operación contable con ingresos derivados de la UPC (...) y otros definidos como parafiscales provenientes de sus usuarios, para ser utilizados en infraestructura, inversiones, préstamos, donaciones, servicio de la deuda y en general en cualquier uso distinto a los costos y gastos producto de la prestación de servicios de salud a la población afiliada”, entre otras órdenes.

²⁰⁷ Ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 10 de julio de 2012, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. La Corporación consideró que la interpretación de la Superintendencia, vertida en la resolución 296 de 2010, “(...) parte de normas legales y de la jurisprudencia generada en torno a los dineros de la salud, que hace énfasis en que ‘los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación



- 2.7.1.2.** Las EPS, por su parte, alegaban que la UPC es una prima de seguro, de modo que, una vez transcurrido el periodo de aseguramiento –un mes- y después de pagar los costos del suministro del POS y los gastos administrativos, genera una utilidad a su favor que ingresa a su patrimonio y puede ser invertida según su objeto social, incluso en la adquisición de activos fijos.

Esta interpretación era animada por conceptos jurídicos emitidos en ciertos momentos por la Superintendencia Nacional de Salud y la Contraloría, que se apartaban de las interpretaciones explicadas en párrafos anteriores. Por ejemplo, en el concepto jurídico del 13 de mayo de 2010 titulado “Criterios del ejercicio de control fiscal – Destinación y uso de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de las EPS”, dirigido a los representantes legales de las EPS del régimen contributivo, la Contraloría afirmó, entre otras cosas, **(i)** que las EPS tienen derecho a recibir utilidades²⁰⁹; **(ii)** que entre las finalidades a las que se puede destinar la UPC –por ser finalidades del sistema- se incluyen “(...) los pagos a terceros por servicios prestados en materia de salud o actividades administrativas relacionadas con todas las funciones de las EPS, la financiación de los costos por la prestación directa de los mismos, así como la realización de inversiones que resulten indispensables para tal fin, en el entendido de que estas últimas no podrán afectar el cumplimiento estricto de las obligaciones de la respectiva entidad”; y **(iii)** que la calificación como práctica insegura del empleo de la UPC para la adquisición de activos fijos, no se aplica

global del Sistema General de Seguridad Social en Salud’.” Luego agregó: “Las explicaciones que da el Comité de Conciliación para refutar los argumentos de las Resoluciones 00296 y 00983 de 2010, relacionados con que los recursos de la UPC, copagos y cuotas moderadoras son parafiscales y únicamente se pueden emplear para cumplir la finalidad de seguridad social para los afiliados, no son aceptables porque: || (...) || (ii) Si bien es cierto, como lo dice el Comité de Conciliación, que no existe una prohibición de ley o gubernamental para que las EPS presten los servicios de salud a través de las inversiones en activos fijos que tengan como finalidad la atención de sus afiliados, el argumento se refiere a la inversión en activos fijos pero no hace alusión a los recursos con los cuales se hace la inversión que es el punto que desarrollan las resoluciones materia de conciliación. || (iii) El hecho de que las Circulares 26 de 2006 y N° 49 de 2008 de la Superintendencia Nacional de Salud, donde se califica como práctica insegura e ilegal, la inversión en activos fijos con recursos de la UPC, y que las mismas se refieran a inversiones de manera amplia y genérica, no es razón suficiente para decidir, como lo hace el Comité de Conciliación, que lo procedente era inaplicarlas y, con base en ello, aprobar una conciliación.”

²⁰⁸ En intervención del 19 de mayo de 2011, la Contraloría aseguró: “Ni del régimen de SSS ni del régimen legal contable, es posible deducir que con cargo a los recursos parafiscales, se puedan o deban contabilizar reservas que aumenten el patrimonio, pues ello no encaja en los conceptos de costos por la prestación del servicio de salud ni en el componente administrativo.” Sugirió además que la amortización de créditos mercantiles no pueden tomarse como gastos administrativos.

²⁰⁹ En el documento se afirma: “(...) los rendimientos financieros de las inversiones del FOSYGA así como los excedentes entre sus ingresos y egresos acrecientan el fondo que solo puede destinarse a la finalidad prevista. No podría entenderse que tal disposición pudiese ser aplicada a las entidades privadas que participan en el sistema, tales como las EPS, las ARP y las Administradoras de Fondos de Pensiones, pues ello supondría concluir que administran recursos que en ningún momento perderán su naturaleza pública, que no podrán tener utilidades, lo cual se opondría a la participación de entidades particulares con o sin ánimo de lucro y que tampoco podría decirse que son entidades aseguradoras ya que jamás devengarían la prima de seguro por la asunción del riesgo. || Sin embargo, debe precisarse que los recursos que manejan las EPS en las cuentas de Recaudo son parafiscales y pertenecen al sistema, por lo cual los rendimientos de dichos dineros pertenecen al mismo, sin perjuicio de que con cargo a éstos y por expresa disposición reglamentaria se reconozca una porción a las EPS para remunerar la gestión de recaudo”.



a las ganancias legítimas de las EPS, las cuales fueron identificadas como los excedentes mensuales de liquidez después de la prestación de los servicios del POS y el pago de los gastos de administración²¹⁰. Incluso la Contraloría afirmó que el uso de ese remanente de liquidez no requería que previamente la entidad hubiera incorporado las utilidades contables.

Esta última interpretación también se fundamentaba en varias disposiciones de la normativa del SGSSS que establecían algunos eventos en los que las EPS podían invertir en infraestructura. Por ejemplo, el decreto 1485 de 1994 contemplaba regulaciones sobre margen de solvencia de las EPS y permitía la inversión de recursos de las EPS en infraestructura en algunos casos después de cumplidas las primeras reglas²¹¹. Más recientemente, el decreto 574 de 2007, modificado por el decreto 1698 del mismo año, definió la fórmula de cálculo del patrimonio técnico de las EPS, y en el párrafo 2 del artículo 6 señaló que a partir de la fecha de entrada en vigencia del decreto, las EPS solamente podrían realizar nuevas inversiones en los siguientes activos, una vez satisfecho el máximo monto de margen de solvencia y después de concluido el periodo de transición establecido por el decreto: “[l]as inversiones en infraestructura destinadas o usadas para la prestación de servicios de salud de forma directa o indirecta”.

- 2.7.2.** En este contexto fue presentado por los senadores Dilian Francisca Toro Torres y Jorge Eliecer Ballesteros el proyecto de ley 01 de 2010 Senado, el cual sería respaldado por el Gobierno. A este proyecto posteriormente se acumularía otros sobre la misma materia, es decir, reformas al SGSSS, en virtud de un mensaje de urgencia del Gobierno.

²¹⁰ En el documento se afirma: “Sobre este particular se destaca que la restricción únicamente versa sobre los recursos de la UPC y por analogía no podría extenderse a los demás recursos que ingresan a la EPS, así sean de naturaleza parafiscal, como es el caso de los copagos y cuotas moderadoras. En segundo lugar, la restricción impuesta por la Superintendencia se aplica hasta tanto se cumple con la finalidad que dispone la Constitución y la Ley. En consecuencia, una vez prestados los servicios del POS y demás servicios a su cargo, y cumplidas sus obligaciones en esta materia y en el pago de los respectivos gastos de administración, el remanente mensual de liquidez y los excedentes contables no estarán sometidos a la citada restricción.

Es decir, que después de prestado integralmente el POS, cubiertos los gastos de administración según las normas contables y cumplida la finalidad específica para la cual están destinados los recursos del sistema de seguridad social en salud, las EPS pueden realizar inversiones en infraestructura y modernización tecnológica al servicio de los usuarios, con excedentes mensuales de liquidez o ganancias legítimas derivadas de los recursos parafiscales que reciben por UPC. || Por último, si para la organización y garantía de acceso a los servicios del POS la EPS requiere realizar inversiones en activos, tales como infraestructura de prestación de servicios de salud, software, hardware, oficinas de atención al usuario, las mismas podrán realizarse con los remanentes de la UPC una vez cumplida su finalidad en la norma en que se señala en el punto siguiente o con recursos distintos a la UPC, tales como copagos y cuotas moderadoras, por no predicarse respecto de estos la restricción impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud y porque específicamente y tal como quedó señalado la Corte Constitucional entiende dentro de las finalidades propias de los recursos parafiscales de la salud las inversiones que requieran para la organización del servicio”.

²¹¹ El artículo 10 indica: “(...) las entidades que tengan el margen de solvencia, entre un rango de cuatro mil y ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de corte, podrán, a través de contratos de fiducia mercantil, siempre y cuando el régimen legal lo permita, destinar hasta un 40% del valor del margen para realizar inversiones directas en infraestructura destinada a la prestación de servicios de salud. Cuando el valor del margen sea superior a ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de liquidación, podrán, conforme el mecanismo antes descrito, invertir conforme el mecanismo previsto para infraestructura, hasta un 65% de las sumas que excedan el monto mencionado”



2.7.2.1. Desde el comienzo del debate legislativo estuvo presente la idea de que existía un déficit de regulación que daba lugar a incentivos de conductas rentísticas inadecuadas por parte de los particulares, y que tal situación estaba amenazando el flujo de recursos y la sostenibilidad del sistema.²¹² Para solucionar este problema, entre otros, el proyecto de ley 01 de 2010 Senado y otros de los proyectos acumulados plantearon medidas para el fortalecimiento de los entes de regulación y control, y la creación de mecanismos de fiscalización más eficientes, entre otros.

En relación con el objeto de este fallo, las propuestas de los proyectos de ley se dirigieron a definir **(i)** si las EPS pueden invertir recursos en infraestructura, específicamente en la adquisición de IPS, y en caso afirmativo, **(ii)** cuáles recursos se pueden destinar para tales efectos. Por ejemplo, en el **proyecto de ley 01 de 2010 Senado** se propusieron las siguientes medidas: **(i)** ordenar al Gobierno fijar un nivel mínimo de gasto prestacional y de servicios aplicable a las EPS, y **(ii)** permitirle a estas últimas invertir en modernización tecnológica y mantenimiento y adecuación de su infraestructura administrativa solamente cuando lograran reducir sus márgenes de costos de administración²¹³. Por otra parte, en el **proyecto 095 de 2010 Senado** se sugirió restringir aún más la integración vertical de las EPS, en particular impedir que construyan o adquieran IPS de cualquier nivel de complejidad²¹⁴. En el **proyecto de ley 126 de 2010 Cámara**, los representantes de la iniciativa recomendaron que se aclarara el destino de la UPC y que se señalara que las EPS

²¹² Por ejemplo, en la exposición de motivos del proyecto 01 de 2010 Senado, los senadores ponentes plantearon como uno de los problemas más importantes del sistema de salud, el déficit de regulación, una de cuyas consecuencias más importantes es: “[l]a prevalencia de incentivos inadecuados que han generado conductas rentísticas de los actores que afectan el flujo de fondos, que amenazan la sostenibilidad financiera del sistema y el logro de los resultados en salud”. Cfr. Gaceta del Congreso No. 435 del 22 de julio de 2010.

²¹³ Los ponentes proponían la siguiente disposición: “**Artículo 43. Niveles mínimos de gasto y ejecución en prestación de servicios y gastos actuariales.** El Gobierno Nacional reglamentará un nivel mínimo de gasto prestacional y de servicios, aplicable a las entidades del Sistema de Seguridad Social como EPS, IPS, ESE, ARP, fondos de pensiones y aseguradores de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, con criterios de equidad y eficiencia, y de acuerdo con estudios técnicos y de indicadores de resultados, en concordancia con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 1122 de 2007. || **Parágrafo. Cuando estas organizaciones obtengan márgenes de administración mayores a los establecidos, luego de cumplir con su responsabilidad de aseguramiento,** podrán constituir con estos recursos reservas destinadas a la atención del riesgo, derivado del crecimiento potencial de la siniestralidad, a través del tiempo o contingencias derivadas del cumplimiento de sus funciones; **así mismo podrán invertir estos recursos en actividades de modernización tecnológica y desarrollo, mantenimiento y adecuación de infraestructura administrativa de aseguramiento**” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 435 del 22 de julio de 2010.

²¹⁴ En este proyecto, presentado por el senador Eduardo Carlos Merlano Morales, se planteó la siguiente disposición: “d) En todo caso a partir de la vigencia de la presente ley, ninguna aseguradora, en forma directa o a través de terceros, podrá construir, adquirir total o parcialmente, comprar acciones total o parcialmente o entrar a ejercer algún tipo de dominio sobre alguna institución prestadora de servicios de salud en cualquier nivel de complejidad. El incumplimiento de esta norma será causal de revocatoria de la licencia de funcionamiento de la entidad aseguradora.” Cfr. Gaceta del Congreso No. 522 del 18 de agosto de 2010.



solamente podrían apropiar los excedentes de la UPC mensualmente, después de garantizar los servicios a su cargo y cubrir sus obligaciones para con el sistema^{215 216}.

- 2.7.2.2. Durante el debate legislativo surgió la fórmula adoptada en el texto final del artículo 23. Su aprobación estuvo precedida de propuestas sobre (i) obligar a las EPS a hacer públicos los porcentajes de la UPC que dedican a administración y prestación de los servicios del POS²¹⁷, (ii) impedir la integración vertical²¹⁸, (iii) limitar los gastos de administración que se pagan a

²¹⁵ Los representantes Holger Horacio Díaz Hernández, Diela Liliana Benavides Solarte, Martha Cecilia Ramírez Orrego, Libardo E. García Guerrero, Luis Fernando Ochoa Zuluaga, Elías Raad Hernández, Rafael Romero Piñeros, Armando A. Zabaraín D'Arce y Didier Burgos Ramírez propusieron en particular los siguientes artículos: “Artículo 25. *Administración de las prestaciones económicas en el Régimen Contributivo de Salud.* El manejo de las prestaciones económicas dentro del régimen contributivo estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre afiliado el titular al momento de su causación. **La Entidad Promotora de Salud apropiará del valor de la unidad de pago por capitación el monto requerido para constituir el fondo contra el cual reconocerá dichos beneficios, conforme los criterios de destinación que fije la Comisión de Regulación en Salud.** || El Gobierno Nacional reglamentará el esquema de administración y control sobre los recursos destinados al cubrimiento de las prestaciones económicas” (negrilla fuera del texto). “Artículo 30. *Operación del aseguramiento.* (...) Parágrafo 1°. Las Entidades Promotoras de Salud serán responsables del cubrimiento pleno de los servicios asistenciales del Plan Obligatorio de Beneficios y de los económicos para sus afiliados y beneficiarios, según corresponda, aplicando a ello los recursos de las unidades de pago por capitación que les sean reconocidas y los valores de aseguramiento complementarios, así como las demás fuentes que financian el sistema, conforme al principio de intangibilidad de los recursos de la seguridad social. || **Apropiado mensualmente el valor de las unidades de pago por capitación para el fin del servicio público a su cargo y cubiertas las obligaciones para con el sistema, las Entidades Promotoras de Salud apropiarán las sumas restantes conforme al régimen jurídico que corresponda a su naturaleza**” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 818 del 26 de octubre de 2010.

²¹⁶ Adicionalmente, en el proyecto de ley 147 de 2010 Senado, el Senador Antonio José Correa Jiménez se refirió a la crisis financiera de las ESE causada, en su criterio, por la competencia a la que se vieron avocadas con IPS privadas; también aludió a las consecuencias de dicha crisis sobre la prestación de servicios de salud a los más pobres. El Senador sostuvo en la exposición de motivos: “Esta crisis se manifiesta en unos graves problemas de iliquidez de las Empresas Sociales del Estado, viéndose afectada la población que atienden, por cuanto; estas empresas atendían directamente la población pobre y vulnerable, financiándose mediante los denominados subsidios a la oferta, que permitieron su sostenibilidad pero desde el momento que se implementó el sistema de seguridad social en salud, el subsidio a la oferta, se sustituye progresivamente por el subsidio a la demanda, exigiendo a los hospitales públicos a ser auto sostenibles y financiarse con la venta de servicios, situación que generó un choque al interior de ellos, **esta situación se vio agravada, por el hecho que los servicios que tenía que vender como hospital, en ese momento también lo podía vender la propia red de servicios de las diferentes EPS, hecho que ha traído como consecuencia que en la actualidad las Empresas Sociales del Estado se encuentren en una gran crisis financiera**” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 682 del 23 de septiembre de 2010.

Cfr. Gaceta del Congreso No. 818 del 26 de octubre de 2010.

²¹⁷ En la ponencia mayoritaria para primer debate conjunto de las comisiones séptimas constitucionales, se propuso: “Artículo 21. *Portabilidad nacional.* (...) El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para asegurar que las Entidades Promotoras de Salud tengan un número mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo y cuenten con los márgenes de solvencia y la capacidad financiera necesaria para operar de manera adecuada. || **En todo caso las Entidades Promotoras de Salud deberán hacer públicos los porcentajes de la UPC dedicados a administración y prestación de servicios.** (...)” (énfasis fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 913 del 17 de noviembre de 2010.

²¹⁸ El Senador Mauricio Ernesto Ospina Gómez y la Representante Alba Luz Pinilla Pedraza, en su informe de ponencia sustitutivo en sentido negativo, señalaron como uno de los problemas estructurales del SGSSS, la “preponderancia” que tienen las aseguradoras, una de cuyas causas, aseguraron, es su “(...) gran capacidad de



las EPS en términos de porcentaje de la UPC y facilitar el flujo de recursos hacia las IPS²¹⁹, y
(iv) restringir los demás destinos de la UPC²²⁰.

negociación y que dada la ausencia de mecanismos regulatorios, estas capturan rentas a costa del sistema de salud llevándolo a que sea insostenible”. Indicaron que esta situación ha permitido a las EPS construir “(...) su propia red de prestadores de servicios de salud, con entera libertad en el régimen contributivo y con algunas restricciones en el subsidiado”, integrase verticalmente con los prestadores para “(...) ampliar mercados y maximizar la rentabilidad”, conformar “(...) grupos empresariales para el manejo de los mercados farmacéuticos, tecnología médica, insumos, proveedores de servicios y el mercado de aseguramiento”, y capturar “(...) rentas innecesarias en temas como los recobros al FOSYGA, los rendimientos financieros por demora en el pago a proveedores de servicios de salud y las diferencias en las bases de datos entre afiliados reconocidos y pagados con la UPC del subsidiado y los efectivamente carnetizados”. Cfr. Gaceta del Congreso No. 914 del 17 de noviembre de 2010.

²¹⁹ En primer debate, el Senador Antonio José Correa Jiménez manifestó: “(...) Hemos expresado de que están administrando el riesgo y lo están haciendo muy mal y lo están haciendo muy mal y hemos expresado más de un Congresista, que cuidado y nada más, **se deben quedar con el recurso de administración del régimen y el resto debe ir al prestador como es el objetivo de que los recursos de la salud, vayan en beneficio de una prestación de un derecho constitucional que tenemos todos los colombianos**” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 934 del 22 de noviembre de 2010. En sentido similar, la Representante Martha Cecilia Ramírez Orrego aseguró: “(...) el Ministerio así mismo va a definir la metodología para reportar ingresos, gastos y costos, vino un tema importante de polémica, **si pretendemos mejorar eficiencia y flujo de recursos, nos va a tocar a todos los eslabones de la cadena, apretarlos en cuanto a gastos de administración y presupuestos destinados o recursos destinados netamente a prestación de servicios de salud**; vamos en esa vía, **no tenemos los elementos informativos hoy para poner los porcentajes**, pero vamos a ir en esa vía, de poner en un mediano y esa responsabilidad le va a quedar al Ministerio, en un corto plazo a las EPS y a todas las IPS, cuánto de los recursos del sistema van a gastar en administración y los demás, para garantizar el derecho fundamental a la salud; o sea, lo demás para el usuario, porque es necesario controlar esto” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 935 del 22 de noviembre de 2010. Siguiendo esta línea argumentativa, en el informe para segundo debate en el Senado, se propuso el siguiente texto: “**Artículo 24. Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud.** Dado que los recursos son parafiscales, el Ministerio de la Protección Social fijará el factor máximo de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos que midan el gasto en salud. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de inhabilitación. Dicho factor no podrá superar el 10% del valor de la Unidad de Pago por Capitación. || Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. (...)”. Cfr. Gaceta del Congreso No. 1003 del 1º de diciembre de 2010. Respecto a esta propuesta, el Senador Fernando Eustacio Tamayo Tamayo manifestó la siguiente preocupación: “Sigue habiendo una discusión con relación a lo establecido en el artículo 24 del proyecto de ley sobre los gastos de administración. Hoy en la Junta de Parlamentarios del Partido Conservador analizamos el tema, escuchamos algunos directores de hospitales públicos, compartimos la opinión de los voceros de la Cámara y del Senado y acordamos por bancada, que **nos parece más prudente, más recomendable que sea el Gobierno Nacional quien entre a regular y a determinar ese tope deseable, para controlar los gastos administrativos, pero que se haga una vez se tengan los estudios y se tengan los soportes reales sobre la capacidad que puedan tener las EPS para disminuir esos gastos de funcionamiento**. || Tomar hoy una medida de fijar un tope, como se estableció en un principio, sería poner en riesgo la puesta en marcha de lo que determine esta ley, porque sabemos que no solamente van a tener que sortear las EPS, los gastos administrativos del sistema como está operando hoy, sino que la puesta en marcha de lo que acá se apruebe, también va a generar algunos gastos y seguramente como le hemos recomendado al Gobierno, la idea es que fijemos una escala, en la que en el primer año se determine un tope y a medida que se avance en la aplicación del sistema, se llegue a un tope máximo, que esté por debajo inclusive de ese 10%, hoy sugerido por algunos y que aparece en el proyecto de ley” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011. Por otra parte, en la plenaria de la Cámara, la representante el Representante Obed Zuluaga Díaz propuso reducir el tope del 10% para gastos de administración. Al respecto,

2.7.2.3. Luego, en la plenaria del Senado se suscitó una discusión importante sobre la redacción del inciso segundo; algunos senadores sostenían que debía prohibirse definitivamente la adquisición de activos fijos y cualquier otro gasto distinto a la prestación de servicios de salud, por ello sugerían el empleo del conector “o” o “u” en vez de la preposición “en”²²¹. Otros defendían el uso de la preposición “en”, pero por razones diferentes; unos porque estimaban que no cambiaba el sentido del inciso, es decir, pese a al empleo de la preposición “en”, quedaba claro que las EPS no podrían invertir los recursos de la salud en ningún activo fijo²²²;

expresó: “Sobre ese artículo, que los gastos de administración, yo que trabajaba en diferentes entidades y he sido representante legal, con las cesantías, doctor Clavijo, el tema de cesantías y pensiones es realmente bochornoso, esos porcentajes de comisión en cesantías y pensiones, es bochornoso todas estas entidades con unas muchachitas bonitas, proponiéndole a los titulares o a los trabajadores que se cambien de un fondo a otro, de un fondo a otro, claro y todas esas muchachitas y todos esos gastos van al funcionamiento; ¿qué les quiero decir?, que este techo del 10%, a mí me parece muy alto. || Tengo conocimiento que hay países que los tienen en el 5 y en el 6%, propongo bajar ese techo, ese techo de gastos de administración, ese 10% o ese 8%, lo calcula el total de la salud, es mucho dinero.|| Propondría no del 5, pero damos como techo máximo y ya que el ministerio reglamente bajarlo del 10 al 8% que es mucho dinero, propongo aquí a la plenaria.” Cfr. Gaceta del Congreso No. 211 del 28 de abril de 2011.

²²⁰ En el debate, la Senadora Gilma Jiménez señaló lo siguiente sobre el texto propuesto por los ponentes para segundo debate en Senado: “Ese artículo generó mucho problema y va a ser ampliamente debatido pero es un artículo sobre el cual el Partido Verde quiere señalar que **no hay ninguna posibilidad de levantar ese porcentaje aunque haya señalado el Ministerio, lo cual yo comparto y se lo señalaba a mis compañeros de Bancada, que ese 10% que se de terminó fue producto de una discusión, en una Comisión Especial que se instaló para eso, pero que debe ser objeto de una revisión técnica; en esto tenemos que ser muy responsables.** || Para hablar con franqueza, las EPS no podrán seguir ni financiando con los recursos que pagamos los colombianos, no podrán seguir financiando equipos de fútbol, no podrán seguir comprando fincas, adquiriendo bienes inmuebles con recursos del aseguramiento, eso queda controlado y a eso se comprometió el Gobierno y de eso dio fe el Ministro” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011.

²²¹ En la plenaria del Senado, los ponentes, después de escuchar el debate, sugirieron la siguiente redacción “(...) los recursos para la atención en salud, no podrán usarse para financiar activos fijos, **en** actividades distintas a la prestación de servicios de salud” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011. A su turno, el Senador Eugenio Prieto manifestó: “(...) cuando se aprobó en las Comisiones Conjuntas Séptimas, el artículo debía decir que los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos o, actividades distintas a la prestación del servicio de salud, **y el artículo vino con en lugar de u, de la o, un, en,** los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos en, actividades distintas a la prestación de servicios de salud, **lo que quiere decir que ese en, incluye que sí pueden utilizar esos recursos para comprar activos para utilizarlos en la prestación de salud.** || A mí sí me gustaría saber Presidente, quién fue el que cambió la o por el en, y cuál era el objetivo y con qué objetivo se cambió, a mí me parece que ahí hay un tema de más fondo y por eso hemos venido pues a solucionar el problema, yo acojo la propuesta que usted presenta, aquí hay otra propuesta del Senador Galvis que va en el mismo sentido, yo diría que junte esas proposiciones en una sustitutiva Presidente y que votemos.” *Ibid.* Más adelante el mismo Senador agregó: El Senador Prieto agregó: “Pero además dice la propia Superintendencia Nacional de Salud, esto no lo está diciendo Eugenio Prieto lo dice la Superintendencia Nacional de Salud; la Superintendencia Nacional de Salud considera que la inversión de recursos provenientes de la UPC, en infraestructura que sería como quedaría ahí aprobado, si lo aprobamos así se cataloga como una práctica insegura e ilegal la cual no puede llevarse a cabo y acá lo que estamos diciendo entonces es una cosa muy sencilla quítele el artículo EN y póngale la O, y solucionamos el problema.” *Ibid.*

²²² El Senador Honorio Galvis Aguilar continuó el debate así: “(...) yo quiero hacer claridad en el inciso dos, (...) ahí me parece que la redacción correcta es esta que está en la proposición que suscribió el Senador Prieto, y es el mismo sentido de la que suscribimos cerca de 12 o 14 Senadores, me permito leerla (...), los recursos para la atención en salud no podrán usarse en actividades distintas a la prestación de servicios de salud, claro, **ahí se excluye la**



otros, por el contrario, consideraban que era necesario mantener la preposición “en” con el fin de permitir a las EPS, como ocurre con las IPS, invertir en activos fijos para mejorar la prestación de los servicios a su cargo²²³.

Finalmente, el texto aprobado en la plenaria del Senado fue el siguiente:

“Artículo 24. Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud. Dado que los recursos son parafiscales, el Ministerio de la Protección Social fijará el factor máximo de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos que midan el gasto en salud. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de inhabilitación. Dicho factor no podrá superar el 10% del valor de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado

adquisición de activos fijos, pero también se excluye la adquisición de activos corrientes, que es una manera como se disfrazan muchas adquisiciones de estas en los balances” (negrilla fuera del texto). *Ibid*. El Senador Fernando Tamayo Tamayo, por el contrario, indicó: “(...) yo quisiera señalar que lo que se hace, dicho acá que hubo cambios en la redacción por parte de los ponentes del articulado que se publicó no corresponde a la verdad, **el artículo se aprobó tal como está en la Gaceta y quienes participamos allí somos conscientes de que así se hizo, y ¿por qué se hizo de esa manera?, porque se tuvo en cuenta, una consideración expuesta por varios colegas en el sentido de que si a las IPS se les permite utilizar recursos, pero para mejorar su funcionamiento todo orientado a prestar un mejor servicio de salud, las EPS deben quedar en la misma condición, de poder llevar a cabo ese tipo de gastos**, de tal manera que todo esté orientado a garantizar la óptima prestación del servicio de salud. || Entonces acá simplemente, se tuvo en cuenta que tanto las IPS como las EPS, puedan llevar a cabo el mismo tipo de gasto utilizando los recursos hasta ese 10%, y, se encontró por parte del Gobierno la necesidad de que no se definiera ese tope del 10% para aplicarlo de manera inmediata, toda vez que la puesta en marcha de lo que se contempla en esta ley, va a generar gasto adicional en las EPS y en todos los entes que participan en el sistema de salud, y entonces el Gobierno solicitó, que le permitieran hacer una evaluación cuidadosa, sobre todos los factores que van a incidir en adelante en la prestación del servicio, de tal manera que pudieran en dos años determinar ese tope sin ir a generar daño a las entidades que están prestando el servicio.

” (negrilla fuera del texto). *Ibid*

²²³ El Senador Fernando Tamayo Tamayo indicó: “(...) yo quisiera señalar que lo que se hace, dicho acá que hubo cambios en la redacción por parte de los ponentes del articulado que se publicó no corresponde a la verdad, **el artículo se aprobó tal como está en la Gaceta y quienes participamos allí somos conscientes de que así se hizo, y ¿por qué se hizo de esa manera?, porque se tuvo en cuenta, una consideración expuesta por varios colegas en el sentido de que si a las IPS se les permite utilizar recursos, pero para mejorar su funcionamiento todo orientado a prestar un mejor servicio de salud, las EPS deben quedar en la misma condición, de poder llevar a cabo ese tipo de gastos**, de tal manera que todo esté orientado a garantizar la óptima prestación del servicio de salud. || Entonces acá simplemente, **se tuvo en cuenta que tanto las IPS como las EPS, puedan llevar a cabo el mismo tipo de gasto utilizando los recursos hasta ese 10%**, y, se encontró por parte del Gobierno la necesidad de que no se definiera ese tope del 10% para aplicarlo de manera inmediata, toda vez que la puesta en marcha de lo que se contempla en esta ley, va a generar gasto adicional en las EPS y en todos los entes que participan en el sistema de salud, y entonces el Gobierno solicitó, que le permitieran hacer una evaluación cuidadosa, sobre todos los factores que van a incidir en adelante en la prestación del servicio, de tal manera que pudieran en dos años determinar ese tope sin ir a generar daño a las entidades que están prestando el servicio” (negrilla fuera del texto). *Ibid*



Parágrafo 1°. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más partir del primero (1°) de enero de 2012.

Parágrafo 2°. Los gastos de administración para el Régimen Subsidiado se mantendrán en el 8%.²²⁴

2.7.2.4. En la plenaria de la Cámara de Representantes se dio un debate similar frente a la propuesta de los ponentes que empleaba la preposición “en”²²⁵, y surgió la propuesta de reemplazarla por el conector “ni”²²⁶. Después de varios cambios, se aprobó el siguiente texto:

“Artículo 24. *Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud.* El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos ni actividades distintas a la prestación de servicios de salud.

Parágrafo transitorio. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen subsidiado seguirá manejando el 8%.²²⁷

2.7.2.5. La comisión de conciliación acogió en su mayoría el texto aprobado por la Cámara, el cual posteriormente fue adoptado como texto definitivo:

“Artículo 23. *Gastos de administración de las entidades promotoras de salud.* El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de

²²⁴ Cfr. Gaceta del Congreso No. 1077 del 13 de diciembre de 2010.

²²⁵ Durante la plenaria, el Representante Germán Navas Talero anotó: “Lo importante es que quede claro aquí, para bien del Congreso y para bien de los usuarios, que es para la atención médica propiamente dicha, porque que- dé preocupado cuando muestran unas escenas donde hay una señora encargada de manejar las EPS que, según dice el noticiero, estaba presionando a parlamentarios para meter esta proposición que convertiría esto en un mico. Soy inquieto en estas cosas y quiero que el país tenga el mejor de los conceptos de este Congreso y de ustedes; cualquier duda sobre el Congreso recae sobre todos nosotros.” Cfr. Gaceta del Congreso No. 211 del 28 de abril de 2011.

²²⁶ El Representante Rafael Romero Piñeros explicó: “La preocupación del *Noticiero* y del doctor Navas por supuesto derivada de una interpretación de lo redactado. Entonces para que no quede ninguna duda, va a quedar así: **Los recursos para la atención no podrán usarse para financiar activos fijos ni, porque este es el conector que hacía falta**, actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Con ese conector quedamos que queda absolutamente subsanada cualquier duda e interpretación que pudieran tenerse por este noticiero”. Ibid.

²²⁷ Cfr. Gaceta del Congreso No. 1089 del 14 de diciembre de 2010.



Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

Parágrafo transitorio. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.²²⁸

2.8. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

2.8.1. Integración de la unidad normativa

En esta oportunidad la Sala advierte la necesidad de llevar a cabo una integración normativa con el inciso primero de la disposición acusada. Las razones que sustentan esta decisión son las siguientes:

- 2.8.1.1.** En casos excepcionales de control abstracto, la Corte Constitucional ha encontrado necesario integrar al juicio de constitucionalidad que adelanta, preceptos que no han sido censurados. Esta posibilidad ha sido denominada integración de la unidad normativa.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la integración normativa puede llevarse a cabo cuando: **(i)** el precepto demandado no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderlo y aplicarlo resulta imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; **(ii)** la disposición cuestionada es reproducida en otros preceptos del ordenamiento que no fueron demandados; o **(iii)** la disposición censurada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad²²⁹. En esta última hipótesis, se requiere además “(i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad”²³⁰.

²²⁸ Cfr. Gaceta del Congreso No. 1077 del 13 de diciembre de 2010.

²²⁹ Ver las sentencias C-871 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-463 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería, y C-415 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

²³⁰ Cfr. sentencia C-415 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.



Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que la integración de la unidad normativa en un juicio de control de constitucionalidad puede ser llevada a cabo de oficio por la Corporación cuando sea necesario para evitar un pronunciamiento inocuo. Esta posibilidad tiene carácter excepcional, especialmente en los escenarios de control rogado, ya que en estos casos el pronunciamiento de la Corte debe sujetarse al objeto y los cargos señalados en la demanda²³¹.

- 2.8.1.2.** En esta oportunidad, el actor formula su demanda contra el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438, cuyo texto es el siguiente: “Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado”.

La Sala observa que para entender el contenido normativo de este precepto es indispensable integrar al examen de constitucionalidad, el inciso primero del mismo artículo, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.”

Este inciso condiciona la interpretación que debe darse al precepto censurado, pues limita su ámbito de aplicación y permite entender su finalidad. En primer lugar, el título señalado en el inciso primero –“Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud”- hace ver que el artículo se refiere a las EPS y que su finalidad es regular principalmente los gastos de administración de dichas entidades. En segundo lugar, el inciso primero deja entrever que el artículo fue redactado con la finalidad de establecer controles a las EPS, sin desconocer que su actividad demanda el reconocimiento de gastos de administración. Por tanto, los incisos primero y segundo del artículo 23 conforman una unidad normativa que para ser analizada, no puede separarse.

En este orden de ideas, dado que se presenta la primera hipótesis que amerita la integración de la unidad normativa, la Sala incluirá en su análisis de constitucionalidad el inciso primero del artículo 23 de la ley 1438.

2.8.2. Contenido normativo de los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438

Para poder estudiar la constitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438, la Corte encuentra necesario primero determinar su contenido normativo a la luz de los métodos tradicionales de interpretación. Para llevar a cabo dicha labor, se presentan especialmente dificultades en relación con las siguientes expresiones: “recursos para la

²³¹ Ver las sentencias C-1140 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-714 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.



atención en salud”, y “activos fijos”, así como respecto de la definición de sus destinatarios. A continuación, la Sala se ocupará de esta labor interpretativa:

- 2.8.2.1.** Lo primero que se advierte es que el inciso primero contiene tres contenidos normativos: **(i)** una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; **(ii)** una prohibición de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno, dirigida a las EPS; y **(iii)** una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

Por su parte, el inciso segundo contiene una prohibición, cuyo objeto –conductas proscritas– son la adquisición de activos fijos y las “actividades distintas a la prestación de servicios de salud”, mediante el empleo, sin distinción, de “recursos para la atención en salud” –medio-. El destinatario de la prohibición no es definido expresamente.

- 2.8.2.2.** Una lectura histórica basada en los antecedentes legislativos demuestra que estos incisos fueron aprobados por el Congreso con el propósito de erradicar tres tipos de prácticas de algunas EPS consideradas nocivas para el SGSSS: **(i)** elevar injustificadamente sus gastos de administración mediante la inclusión de rubros que no son necesarios para garantizar la prestación de los servicios del POS y las demás funciones a cargo de las EPS; **(ii)** usar los recursos que deben destinarse a la “atención en salud” a fines distintos a éste, específicamente, a la adquisición de activos fijos cuya propiedad queda en cabeza de las EPS; y **(iii)** comprometer la liquidez que necesita el sistema para asegurar la prestación oportuna de los servicios médicos. En otras palabras, el precepto fue adoptado **(a)** como una medida de control de las EPS **(b)** dirigida a asegurar que los recursos que del SGSSS se empleen de forma eficaz –de acuerdo con sus fines- y eficiente, y que **(c)** los servicios médicos se suministren de forma oportuna.

- 2.8.2.3.** Los “activos fijos” son definidos desde el punto de vista contable como “[l]as propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año”.²³²

En el Congreso se presentó un debate específico sobre el tipo de activos fijos que debería cobijar la prohibición del inciso segundo. Algunos congresistas consideraron que la restricción no debía extenderse a los activos fijos que sirven para mejorar el servicio de las EPS, como permite la normativa en el caso de las IPS²³³. Sin embargo, la posición mayoritaria fue que los recursos para la atención en salud en ningún caso deben usarse para la adquisición de

²³² Ver artículo 64 del decreto 2649 de 1993 “Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”.

²³³ Ver Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011.



activos fijos, sean estos de infraestructura médica (hospitales, clínicas, etc.)²³⁴ o de cualquier otra naturaleza (se mencionaron como ejemplos centros recreativos, oficinas, etc.). Por ello la expresión “para adquirir activos fijos” fue separada de la expresión “en actividades distintas a la prestación de servicios de salud” con el conector “ni”, como se explicó en apartes previos.

En suma, el inciso segundo del artículo 23 se refiere a todo tipo de activo fijo atendiendo a la definición contable.

- 2.8.2.4.** En relación con la expresión “recursos para la atención en salud”, no existe una definición unívoca a nivel normativo. Una primera interpretación podría ser que la expresión se refiere a las fuentes de financiación del SGSSS, las cuales son señaladas en los artículos 182, 187 y 214 de la ley 100, entre otras disposiciones, y cuyo destino es la financiación de los servicios de salud a cargo del sistema y los gastos administrativos, los cuales incluyen la utilidad razonable de los particulares que participan²³⁵. Por tanto, según esta primera exégesis, la expresión bajo examen aludiría a todos los recursos del sistema, sin distinguir si tienen como destino gastos administrativos o servicios médicos.

Sin embargo, tomando como base los antecedentes legislativos, la expresión “atención en salud” y el inciso primero del artículo 23, la Sala considera que la interpretación correcta es más restringida. En efecto, los debates evidencian que los parlamentarios entendieron que los “recursos para la atención en salud” son diferentes a los “gastos de administración”. Por ello, en el caso de los segundos, establecieron una medida de control distinta -una limitación a un porcentaje de la UPC definido por el Gobierno y que en todo caso no puede superar el 10%- en una parte diferente del artículo -el inciso primero-. De acuerdo con esta segunda exégesis, la expresión “recursos para la atención en salud” hace referencia a aquellos dineros dirigidos específicamente a la prestación de servicios de salud, una vez excluidos los gastos de administración, los cuales -reitera la Sala- comprenden la utilidad razonable a la que tienen derecho los particulares que participan.

Esta interpretación además da cuenta de la inclusión de la palabra “atención”, la cual se relaciona específicamente con la faceta asistencial del derecho fundamental a la salud, es decir, la que concierne a la provisión de servicios para su promoción y para la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades de las personas, en oposición a los gastos de administración necesarios para poder proveer tales prestaciones.

La Sala estima que esta última lectura concuerda además con una visión comprensiva de la estructura financiera del SGSSS. Ciertamente, los recursos que lo financian, particularmente aquellos originados en cotizaciones, copagos y cuotas moderadoras y que tienen naturaleza parafiscal, poseen una destinación específica, esta es, financiar el cumplimiento de los objetivos del sistema. Para el logro de esos objetivos, es preciso costear, además de los

²³⁴ Por ello este debate se ligó al de la integración vertical de las EPS.

²³⁵ Como se indicó en la consideración 2.5.1., las principales fuentes son: las cotizaciones que pagan los afiliados del régimen contributivo y sus empleadores, los pagos moderadores (copagos, cuotas moderadoras, tarifas, etc.), los recursos propios de las entidades territoriales destinados al efecto, los recursos del Presupuesto General de la Nación, recursos del Sistema General de Participaciones, los recursos obtenidos del monopolio de juegos de suerte y azar, entre otros.

gastos de los servicios médicos, los costos operativos del sistema y la utilidad razonable de los particulares que participan, toda vez que no hacerlo implicaría someterlos a una carga desproporcionada y anular sus libertades económicas²³⁶.

2.8.2.5. Finalmente, dado el texto del inciso primero, la Sala entiende que los destinatarios del artículo 23 son las EPS, pues el título del artículo se refiere expresamente a dichas entidades y la disposición se ubica en el título IV de la ley 1438 sobre aseguramiento. Además, atendiendo a la última oración del inciso segundo, la prohibición cobija tanto a las EPS del régimen contributivo como subsidiado.

2.8.2.6. Para resumir, de acuerdo con el análisis emprendido por la Sala, el inciso primero contiene tres contenidos normativos: **(i)** una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; **(ii)** una prohibición dirigida a las EPS de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno; y **(iii)** una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

Por su parte, el inciso segundo prohíbe a las EPS del régimen contributivo y subsidiado, adquirir cualquier tipo de activo fijo –según su definición contable- o financiar actividades distintas a la prestación de servicios de salud, mediante el uso de “los recursos para la atención en salud”. Esta última expresión se refiere a los dineros específicamente dirigidos a financiar servicios de salud, una vez excluidos los gastos administrativos, cuyo porcentaje debe ser fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con el inciso primero y en todo caso no pueden superar el 10% de la UPC, como una de las fuentes de financiación de las EPS.

2.8.3. Examen de los cargos

2.8.3.1. La Corte advierte que los cargos formulados por el demandante parten de la siguiente interpretación del inciso censurado: éste prohíbe a las EPS utilizar **los recursos de la UPC**, incluidos los excedentes que quedan después del pago de los servicios médicos a su cargo, para adquirir activos fijos con el fin de ampliar su infraestructura médica –bajo el modelo de integración vertical- y ofrecer mejores servicios a sus afiliados. Tal interpretación se deduce de las consideraciones iniciales de la demanda. La Sala además observa que la misma interpretación fue acogida por los intervinientes y el Ministerio Público.

Bajo el anterior entendido, el actor alega que el precepto es contrario al artículo 48 de la Carta por dos cargos que fueron encontrados aptos por la Sala: **(i)** porque impide a las EPS, como particulares, contribuir a la ampliación de la cobertura del SGSSS mediante la adquisición de activos fijos para la prestación de servicios de salud con recursos de la UPC –se advierte que el demandante solamente se refiere a esta fuente de recursos de las EPS-, pese a que el artículo 48 dispone que el Estado con la participación de los particulares debe emprender tal tarea; y **(ii)** porque obstaculiza el cumplimiento de la obligación de ampliación progresiva de la

²³⁶ Ver la consideración 2.4 de este fallo.



seguridad social en salud, la cual involucra tanto la afiliación de nuevos beneficiarios, como la extensión y mejoramiento de la infraestructura médica.

- 2.8.3.2.** A juicio de esta Corporación, si bien la exegesis del demandante del inciso segundo del artículo 23 —acogida también por los intervinientes y el Procurador- a primera vista es razonable —y por ello la Sala asumió el conocimiento del fondo de la controversia-, después del análisis emprendido en secciones anteriores, se debe concluir que solamente es parcialmente cierta. En efecto, la Sala explicó que la expresión “los recursos para la atención en salud” se refiere específicamente a los dineros dirigidos a la prestación de servicios inherentes a la garantía de ese derecho fundamental, una vez excluidos los gastos administrativos.

En este orden de ideas, el componente de gastos de administración de la UPC no está afectado por la prohibición del inciso segundo y puede ser usado por las EPS para la adquisición de activos fijos, cuando ello sea necesario para garantizar la operación en estricto sentido de la EPS o con cargo a la utilidad razonable que el sistema les reconoce —recuérdese que según la nueva normativa esa utilidad está comprendida en el porcentaje que se reconoce como gasto de administración-. Esta interpretación es necesaria para garantizar el adecuado funcionamiento del SGSSS, pues ciertos activos fijos, como lo señala la definición contable, son requeridos para el giro ordinario de una empresa, como las EPS. Otros activos fijos pueden ser también adquiridos por las EPS con la porción de esos gastos de administración que corresponde a su utilidad, ya que en tanto recursos propios, pueden dedicarse a las finalidades que elija la entidad según su razón social. Con ese porcentaje de utilidad, y con sujeción a las reglas de integración vertical, las EPS pueden entonces invertir en infraestructura médica y de esa forma contribuir a la ampliación de la cobertura del SGSSS.

En resumen, los cargos del demandante parten de una premisa parcialmente cierta, pues de acuerdo con la labor interpretativa emprendida por la Sala, el inciso segundo no prohíbe de forma absoluta que los recursos que reciben las EPS por cuenta de las UPC —recuérdese que la demanda versa solamente sobre esta fuente de recursos- se destinen a la adquisición de activos fijos; el inciso segundo debe entenderse se refiere a los recursos que reciben las EPS provenientes de las UPC, una vez descontado el porcentaje de gastos de administración al que alude el inciso primero.

- 2.8.3.3.** Entendidos de esta forma los incisos primero y segundo del artículo 23, corresponde ahora a la Corte examinar si la prohibición de que las EPS usen los recursos provenientes de las UPC, una vez descontados los gastos de administración, en la adquisición de activos fijos, se opone o no al inciso tercero del artículo 48 de la Constitución. La Sala encuentra que ello no es así en los términos expuestos por el demandante, por las razones que a continuación se explican:

Si bien es cierto el inciso demandado limita el uso de los recursos originados en las UPC —excluidos los gastos de administración-, para la compra de activos fijos y, en consecuencia, es cierto que impide su inversión en infraestructura para ampliar la cobertura del SGSSS en términos de instalaciones y tecnología disponible, para la Sala tal limitación se ajusta a la



Carta desde el punto de vista de la satisfacción de otros contenidos del derecho a la seguridad social en salud. En otras palabras, si bien es cierto la medida conlleva restricciones que pueden obstaculizar la ampliación de la cobertura del SGSSS en términos de infraestructura médica y tecnología disponible, tal restricción es proporcionada a la luz de los demás componentes del derecho a la salud.

La Sala advierte que aunque el demandante no alega la desproporcionalidad de la medida, en tanto argumenta que del precepto demandado se desprende una limitación injustificada del derecho a la seguridad social en salud, el juicio de proporcionalidad resulta una herramienta útil para resolver la controversia y es a la luz de dicho mecanismo metodológico que llevará a cabo el examen de constitucionalidad que a continuación se presenta:

En primer lugar, la medida cuestionada persigue una finalidad no solamente legítima sino importante a la luz de la Constitución, esta es asegurar un flujo de recursos suficiente para garantizar las prestaciones de salud a cargo del SGSSS, y específicamente de las EPS. La provisión de esos servicios es una obligación que se desprende del derecho a la seguridad social en salud, como ha indicado la jurisprudencia constitucional de forma insistente²³⁷. Ciertamente, si bien las obligaciones que emanan del derecho a la seguridad social en salud no se agota con la provisión de servicios médicos –de promoción, prevención y curación-, también lo es que esta obligación es una de las más importantes y que mayor flujo de recursos demanda, de ahí que se encuentre justificada la adopción de medidas dirigidas a velar porque haya un flujo adecuado de recursos hacia quienes prestan tales servicios.

La Sala advierte que, además, en ejercicio de su libertad de configuración, el Legislador puede optar por darle prioridad a la provisión de los servicios médicos del POS y destinar menores recursos para una eventual expansión de la infraestructura médica.

En segundo lugar, la medida se vale de un medio idóneo para lograr el anterior objetivo. En criterio de la Sala, una restricción de los usos posibles de los dineros ciertamente puede asegurar un flujo adecuado de recursos para la prestación de servicios médicos, y además puede contribuir a reducir la desviación de los mismos a finalidades no acordes con los objetivos del SGSSS.

En tercer lugar, la medida es proporcionada en estricto sentido, ya que, de un lado, amplía la satisfacción del derecho a la salud en la dimensión de prestación de servicios médicos curativos y de prevención y promoción en salud –no debe olvidarse que estas actividades también están cobijadas por el POS-, y de otro, no sacrifica del todo la satisfacción de la dimensión de ampliación de la cobertura en términos de infraestructura, puesto que, como se indicó en la consideración anterior, de todas formas parte de los “gastos administrativos” a los que alude el inciso primero del artículo 23 pueden destinarse a la adquisición de activos fijos para infraestructura médica.

²³⁷ Ver por ejemplo la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



2.8.3.4. Por las razones expuestas, la Sala desestima los cargos del demandante y declarará exequibles los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438, en los términos expuestos en esta providencia.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLES** los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438 de 2011, en los términos y por las razones expuestas en esta providencia.

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



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 117 de 204

2. CONCEPTOS DEL CONSEJO DE ESTADO

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



2.1. CONSULTA RELACIONADA CON LA VIGENCIA DEL REQUISITO DE DISTANCIA ENTRE DROGUERIAS

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00050-00(2107)

Actor: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

CONCEPTO

Referencia: Las competencias de la administración pública. Pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos. Derogatoria de la competencia para regular las distancias entre las farmacias o droguerías en los centros urbanos.

La señora Ministra de Salud y Protección Social consulta a esta Sala sobre los efectos del decreto ley 019 de 2012 en relación con la competencia de ese Ministerio para regular la distancia entre las farmacias o droguerías en los centros urbanos, tomando en consideración los siguientes

I. ANTECEDENTES

La ley 23 de 1962, que reglamentó el ejercicio de la profesión de químico farmacéutico, definió en su artículo 10 lo que debía entenderse por “farmacias-droguerías” y ordenó que fueran dirigidas por químicos farmacéuticos o farmacéuticos titulados o licenciados.

El artículo 1° de la ley 47 de 1967 adicionó un tercer párrafo al citado artículo 10 de la ley 23 de 1962, asignando al entonces Ministerio de Salud Pública, la función de “estudiar y fijar los barrios, zonas, sectores y lugares” que preferencialmente requirieran el servicio de las farmacias-droguerías y boticas, para lograr una distribución racional y planificada de estos establecimientos, previo el otorgamiento de los permisos de apertura y traslado.

Con la expedición de la ley 8ª de 1971, esta función fue regulada así:

Artículo 1º, párrafo 2º:

“Párrafo 2. El párrafo 3º del artículo 1º de la Ley 47 de 1967, quedará así:



“Para que las Farmacias y Droguerías no se aglutinen en los denominados sectores comerciales, el Ministerio de Salud procederá a estudiar y fijar los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren tal servicio en función del número de habitantes, condiciones socio-económicas, proximidad de un establecimiento a otro, con el objeto de expedir en el futuro los permisos de apertura o de traslado de tales establecimientos, de acuerdo con una distribución más racional y planificada en procura de que se cumpla la función social a que están determinadas por mandato de la ley.”

La sentencia C-997-00 declaró exequible el párrafo transcrito por encontrarlo ajustado a la función social de las empresas prevista en el artículo 333 constitucional.

En 1992, el Ministerio de Salud mediante la Resolución 10911 fijó la distancia entre las droguerías o farmacias en ciento cincuenta (150) metros lineales como mínimo, para todo el país.

Más adelante, por el decreto 2200 de 2005, el gobierno nacional reglamentó la ley 23 de 1962, el numeral 42.6 del artículo 42 de la ley 715 de 2002 y el artículo 154 de la ley 100 de 1993, en relación con el “servicio farmacéutico”.

En el artículo 12 del citado decreto 2200, estableció la distancia mínima de setenta y cinco (75) metros lineales entre los establecimientos farmacéuticos minoristas, “por todos sus lados”, expresión suprimida en el artículo 1° del decreto 3554 de 2008.

Finalmente, el decreto ley 019 de 2012, expedido para “suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, dispuso:

“Artículo 136. DEROGATORIAS. Derógase el párrafo 3 del artículo 10 de la Ley 23 de 1962, modificado por el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 8 de 1971...”.

Frente a esta derogatoria expresa, pero teniendo en cuenta que los decretos 2200 de 2005 y 3554 de 2008 también reglamentaron los artículos 43 de la ley 715 de 2001 y 154 de la ley 100 de 1993, se formulan a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“Primera. ¿A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 0019 de 2012, que en su artículo 136 derogó el párrafo 3 del artículo 10 de la Ley 23 de 1962, modificado por el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 8 de 1971, se entiende vigente la facultad del Gobierno Nacional para regular los aspectos relativos a la distancia entre droguerías, tal como se contempló en el artículo 12 del Decreto 2200 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 3554 de 2008, que como anteriormente se mencionó también fueron expedidos con fundamento en el literal c) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 42.3 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001?”

“Segunda. ¿De concluirse derogada la facultad del Gobierno Nacional para regular aspectos relativos a la distancia entre Droguerías, se entenderá que el artículo 12 del Decreto 2200 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 3554 de 2008 ha perdido fuerza ejecutoria?”



“Tercera. ¿Podría el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en adelante mediante regulación, establecer mínimos y máximos de droguerías en el país?”

II. CONSIDERACIONES

El asunto jurídico consultado se refiere a los efectos de la derogatoria de la norma legal que atribuía competencia al Ministerio consultante para determinar la distancia que debiera existir entre las farmacias o droguerías, en los centros urbanos.

La Sala, entonces, examinará de manera muy breve y general la fuente de las competencias de la administración pública, la derogatoria y la pérdida de fuerza ejecutoria o ejecutoriedad de los actos administrativos; para aplicar estos conceptos al caso concreto consultado.

A. ASPECTOS GENERALES

1. Las competencias de la administración pública

En relación con la sujeción de las competencias administrativas a los principios de supremacía constitucional y de legalidad, esta Sala en varios pronunciamientos, como por ejemplo en el concepto de fecha 24 de mayo de 2011¹, ha manifestado:

“Por otra parte, es menester recordar que al tenor de los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Política todo empleo público debe tener sus funciones y competencias previamente detalladas en la Constitución, la ley o en el reglamento, y los servidores públicos que los desempeñen están obligados a ejercerlas en la forma como aparecen previstas en el referido ordenamiento y no pueden asumir ninguna diferente de las constitucional y legalmente atribuidas al cargo que ostentan, so pena de incurrir en la causal de responsabilidad establecida en el artículo 6o. ibídem.

“A lo anterior se suma el hecho de que es principio general de derecho que las competencias de los órganos estatales deben ser Constitucionales o legales, preexistentes y explícitas, de manera tal que las mismas no pueden ser aplicadas por analogía o extensión...”

No es pues, motivo de duda que, por mandato constitucional, las competencias en la administración pública tienen como fuente la ley; deben ser expresas, esto es, conferidas con claridad y precisión; y han de estar reguladas con antelación a las actuaciones para las cuales sean invocadas. En un Estado de Derecho no existen ni pueden admitirse las facultades o competencias implícitas.

En consonancia con estas reglas, el primer inciso del artículo 5º de la ley 489 de 1998 en cita define la “competencia administrativa”, en los siguientes términos:

“COMPETENCIA ADMINISTRATIVA. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.”



Ahora bien, la organización administrativa no es ni puede ser estática, ella debe adecuarse a las variaciones de las políticas públicas y de las realidades sociales que atiende, para responder eficazmente a los fines del Estado. Entonces, tratándose del nivel nacional, otro acto de igual categoría al de creación, esto es, otra ley, puede modificar los objetivos originales.

En esta hipótesis, la nueva ley tendrá como efectos la derogatoria expresa o tácita de la ley anterior y la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos sustentados en la ley derogada, como pasa a explicarse.

2. La derogatoria y la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos de carácter general

Los actos administrativos son la expresión de la voluntad de la Administración en ejercicio de las funciones que le competen.

En razón de su naturaleza, están amparados por la presunción de legalidad y, como regla general, entran a regir desde la fecha de su publicación en el diario oficial o en otro medio autorizado por la ley. A partir de estos requisitos para su existencia, validez y vigencia, los actos administrativos se aplican mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, también desaparecen de la vida jurídica o dejan de producir efectos por la derogatoria expresa o tácita y por la pérdida de ejecutoriedad. Estas figuras están definidas en la ley.

Sobre la derogatoria, dice el artículo 3º de la ley 153 de 1887:

“Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”

La pérdida de ejecutoriedad está regulada en la ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 91, así:

“PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*



4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan vigencia.”

De las causales relacionadas en el artículo 91 transcrito, interesa la contenida en el numeral 2, relativa a la desaparición de los fundamentos de hecho y de derecho.

Como se trata de la misma causal establecida en el artículo 66 del código Contencioso Administrativo derogado por la ley 1437 de 2011, es válido referirse a la jurisprudencia que lo había declarado exequible, según la cual:

“La doctrina foránea y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexequibilidad de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta.”

Se tiene así, conforme lo dice la ley y lo explica la jurisprudencia, que la pérdida de fuerza ejecutoria por desaparición de los fundamentos de derecho tiene, como uno de sus motivos, la derogatoria de la norma legal que fundamenta el acto administrativo de carácter general.

A continuación, la Sala examinará el caso concreto objeto de la consulta, teniendo como referencia los conceptos jurídicos hasta aquí reseñados.

B. LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL RESPECTO DE LA UBICACIÓN FÍSICA DE LAS FARMACIAS O DROGUERÍAS

Como lo narra la consulta, el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 8ª de 1971, fijó en el Ministerio de Salud la competencia para establecer la distancia mínima que debería guardarse entre droguerías, farmacias o boticas, en un ámbito urbano determinado.

En su ejercicio, se expidieron actos administrativos de carácter general que para la época presente recogieron en el artículo 12 del decreto reglamentario 2200 de 2005, modificado por el artículo 1º del decreto reglamentario 3554 de 2008, las disposiciones relativas a la distancia y a la manera de medirla y demostrarla.

En vigencia de la Constitución de 1991 esa disposición legal fue demandada por considerarla violatoria de los derechos de las personas al acceso a los medicamentos, de una parte y de otra, a los derechos al trabajo y a la libre empresa.



En la sentencia C-997-00, la Corte Constitucional encontró que la norma no restringía derecho alguno; y en particular recordó que el trabajo además de ser un derecho es una obligación social en los términos del artículo 25 de la Carta; y que la libertad de empresa no es absoluta pues la prevalencia del interés social y del bien común le impone límites que corresponde establecer al legislador, tal como lo señala el artículo 333 constitucional.

Para la consulta que la Sala resuelve por este concepto, es muy importante transcribir el siguiente argumento de la sentencia C-997-00 en cita:

“El bien común al que se refiere el ya mencionado artículo 333 de la Constitución, debe ser entendido en su carácter prevalente, como la opción que más conviene, interesa y coadyuva al bienestar de la comunidad. El mismo artículo agrega que, para el ejercicio de toda actividad económica y para el desarrollo de la iniciativa privada, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, y es precisamente la ley la que establece ciertos requisitos previos al permiso y consagra, como facultad del Ministerio de Salud, la de efectuar un estudio anterior a la concesión de los permisos de apertura o traslado de farmacias y droguerías teniendo en cuenta los aspectos antes anotados.” (La subraya es del original).

Es evidente entonces, que, desde el punto de vista constitucional, la competencia que las leyes 23 de 1962, 47 de 1967 y 8ª de 1971 asignaron al Ministerio de Salud configuraba una limitación o restricción a la iniciativa privada y a la libre empresa, justificada por la primacía del interés común y especialmente porque se contenía en un mandato legal.

Es decir, que en el caso estudiado, a través de las mencionadas leyes se atendieron dos extremos que la Carta Política reserva exclusivamente al legislador: uno, la asignación expresa de la competencia a la autoridad administrativa, y el otro, la restricción de los derechos ciudadanos.

Ahora bien, el decreto ley 19 de 2012, es un decreto extraordinario expedido en ejercicio de las facultades conferidas al presidente de la república por el parágrafo 1º del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011; por consiguiente es una ley en sentido material y huelga recordar que tiene la virtualidad de modificar las leyes expedidas por el Congreso de la República.

Así las cosas, cuando el artículo 136 del decreto ley 19 de 2012 dispuso: *“Derógase el parágrafo 3 del artículo 10 de la Ley 23 de 1962, modificado por el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 8 de 1971...”*, lo que hizo fue suprimir, de manera expresa y clara, la competencia del hoy Ministerio de Salud y Protección Social para fijar la distancia entre droguerías, farmacias y boticas en las áreas urbanas y el consiguiente requisito para los permisos de apertura y traslado de estos establecimientos.

Con esta derogatoria se configura la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por el Ministerio de Salud para ejercer la precitada competencia.

Al respecto encuentra la Sala que, de acuerdo con los antecedentes de la consulta, el Ministerio de Salud, en ejercicio de la competencia que directamente le había asignado el parágrafo 3º del artículo 10 de la ley 23 de 1962 (adicionado por el artículo 1º de la ley 47 de 1967 y modificado por el



parágrafo 2° del artículo 1° de la ley 8ª de 1971), expidió la resolución 10911 de 1992 por la cual estableció un mínimo de 150 metros lineales como distancia entre los establecimientos farmacéuticos.

No obstante, dicha resolución debió entenderse subsumida por los artículos 12 del decreto 2200 de 2005 y 1° del decreto 3554 de 2008, pues el Gobierno Nacional, aunque ejerció una competencia que no le era propia, modificó la distancia mínima e introdujo un procedimiento y unos requisitos probatorios para efectos del otorgamiento de los permisos de apertura y traslado.

Como los mencionados decretos 2200 de 2005 y 3554 de 2008, reglamentaron la ley 8ª de 1971 en el susodicho tema de las distancias, así como también los artículos 154 de la ley 100 de 1993 y 42, numeral 42.6, de la ley 715 de 2001, debe entenderse que la derogatoria del parágrafo 3 del artículo 10 de la Ley 23 de 1962 (modificado por el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 8ª de 1971), ordenada en el artículo 136 del decreto ley 19 de 2012, afecta exclusivamente la ejecutoriedad del artículo 12 del decreto 2200, incluida la modificación que le introdujo el artículo 1° del decreto 3554.

Agrega la Sala que la revisión de las leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, permite concluir que en materia de farmacias, droguerías o boticas, no existe disposición alguna que asigne funciones o competencias a las autoridades nacionales o territoriales en materia de distancias entre establecimientos farmacéuticos dentro de las áreas urbanas; tales competencias tampoco pueden deducirse pues, como ya se explicó, el ordenamiento jurídico constitucional no admite competencias implícitas y tampoco la restricción de los derechos ciudadanos, como la libre empresa y la iniciativa privada, por normas distintas a la ley.

Con fundamento en las consideraciones precedentes,

III. LA SALA RESPONDE

“Primera. *¿A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 0019 de 2012, que en su artículo 136 derogó el parágrafo 3 del artículo 10 de la Ley 23 de 1962, modificado por el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 8 de 1971, se entiende vigente la facultad del Gobierno Nacional para regular los aspectos relativos a la distancia entre droguerías, tal como se contempló en el artículo 12 del Decreto 2200 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 3554 de 2008, que como anteriormente se mencionó también fueron expedidos con fundamento en el literal c) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 42.3 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001?*

No, no está vigente la facultad del Gobierno Nacional para regular la distancia entre droguerías, porque la norma legal que le confería la competencia para el efecto fue expresamente derogada por el artículo 136 del decreto ley 19 de 2012.

“Segunda. *¿De concluirse derogada la facultad del Gobierno Nacional para regular aspectos relativos a la distancia entre Droguerías, se entenderá que el artículo 12 del Decreto 2200 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 3554 de 2008 ha perdido fuerza ejecutoria?*



Sí, de conformidad con el numeral 2 del artículo 91 del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al desaparecer su fundamento de derecho que era el parágrafo tercero del artículo 10 de la ley 23 de 1962, modificado por el parágrafo segundo del artículo 1º de la ley 8ª de 1971, el artículo 12 del decreto 2200 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 3554 de 2008, perdió su ejecutoriedad.

“Tercera. ¿Podría el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en adelante mediante regulación, establecer mínimos y máximos de droguerías en el país?”

No, las normas legales vigentes no asignan ni al Ministerio de Salud y Protección Social ni al Gobierno Nacional la competencia para regular las distancias entre droguerías, farmacias o boticas.

Remítase a la señora Ministra de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



2.2 CONSULTA RELACIONADA CON LA APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTIAS.

PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE – Restricción de seis meses a la aspiración de reelección

Para los efectos de las restricciones y limitaciones establecidas en los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005, el término de seis (6) meses previsto en el artículo 9° de la misma ley 996, solamente se aplica al Presidente de la República que estando en ejercicio aspire a la reelección inmediata y al Vicepresidente de la República que aspire a la elección presidencial, y no a los demás órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial, de conformidad con los condicionamientos de exequibilidad realizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005 a las citadas normas. En consecuencia, a los demás órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial, se les aplica el término de cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la elección presidencial para los efectos de las restricciones y limitaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005. **NOTA DE RELATORIA:** Levantamiento de reserva legal mediante Oficio OF13-000023053OAJ del 1 de agosto de 2013

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 127 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 152 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 197 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 204 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 241 INCISO 8 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 243 / LEY ESTATUTARIA 996 DE 2005 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2004 / LEY 996 DE 2005 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 309

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: ALVARO NAMEN VARGAS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00407-00(2166)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

Referencia: LEY 996 DE 2005. VIGENCIA Y DESTINATARIOS DE LAS PROHIBICIONES Y RESTRICCIONES PREVISTAS EN LOS ARTICULOS 30, 32, 33 Y 38 PARAGRAFO DE LA LEY ESTATUTARIA DE GARANTIAS ELECTORALES

El señor Ministro del Interior formula a la Sala una consulta relacionada con el término de aplicación a los diferentes entes del Estado de las prohibiciones y restricciones previstas en la ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales.



I. ANTECEDENTES

El señor Ministro del Interior relacionó los siguientes antecedentes:

1. Señaló que el acto legislativo número 2 de 2004 modificó los artículos 197 y 204 de la Constitución Política, en el sentido de permitir la reelección inmediata de quien funja como Presidente o Vicepresidente de la República.
2. Explicó que en desarrollo del acto legislativo mencionado, el Congreso de la República expidió la ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales, que estableció restricciones para buscar la igualdad y la equidad entre los candidatos a la Presidencia de la República, en especial, cuando el Presidente o Vicepresidente de la República en ejercicio presenten su candidatura.
3. Indicó que para el efecto, los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005 contemplaron algunas limitaciones en materia de vinculación a la nómina estatal, contratación pública y otras prohibiciones a los servidores públicos; el primer artículo citado se dirigió al Presidente o al Vicepresidente en ejercicio cuando se han inscrito como candidatos, el segundo a la Rama Ejecutiva, el tercero a todos los entes del Estado y el último a las entidades territoriales.
4. Puntualizó que las normas citadas consagran restricciones para periodos electorales diferentes, a saber: los artículos 30, 32 y 33, se refieren a elecciones presidenciales, y el parágrafo del artículo 38 a cualquier clase de elección.
5. Transcribió los apartes de la sentencia C-1153 de 2005, en la cual la Corte Constitucional ejerció control previo y automático de constitucionalidad sobre el entonces proyecto de ley que devino en la ley 996 de 2005. Mencionó que en dicha sentencia, se declaró la constitucionalidad de los artículos 30, 32 y 33 en el entendido de que las prohibiciones a que se refieren estas disposiciones se hacen efectivas para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés de presentarse como candidatos seis meses antes de la votación en primera vuelta, según el artículo 9 *ibídem*.
6. Agregó que la sentencia C-1153 de 2005 declaró exequible el mencionado artículo 9°, pero *“en el entendido que desde ese momento, el Presidente o el Vicepresidente quedan sujetos a las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 38, y 40 del Proyecto de Ley.”*
7. Concluyó que *“los condicionamientos introducidos por la Corte Constitucional a la exequibilidad, entre otros, de los artículos 9°, 30, 32, 33 y 38 parágrafo, llevan a concluir que los plazos de aplicación de las restricciones contenidas en estos últimos cuatro artículos (30, 32, 33 y 38 parágrafo) operan exclusivamente **para el Presidente o el Vicepresidente**, no por el término de cuatro (4) meses señalado en dichas normas, sino por el lapso de los seis (6) meses anteriores a la votación...”*, plazo que empieza a correr en dicha fecha, porque es en esta cuando esos funcionarios



deben *"declarar públicamente y por escrito su interés de presentarse como candidatos"* (la negrilla y la subraya son del texto).

8. Expuso también las razones por las cuales el Gobierno Nacional considera que la extensión por seis meses de las restricciones a todos los entes del Estado, a la Rama Ejecutiva o a toda la Administración Pública en el nivel nacional, resultaría contraria a criterios de razonabilidad, pues paralizarían las funciones públicas.

9. Expresó al respecto, que en virtud del principio de anualidad del presupuesto, la contratación administrativa directa usualmente se lleva a cabo para periodos anuales que coinciden con el año calendario correspondiente al periodo presupuestal de las entidades públicas, razón por la cual suspender toda la contratación directa de la Administración Pública en el mes de noviembre, esto es, seis (6) meses antes de la elección presidencial en primera vuelta, conllevaría la necesidad de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la utilización de la figura de "vigencias futuras" para todos los casos en que los respectivos bienes y servicios se requieran durante el primer semestre de 2014. Esta situación, no se presentaría, a su juicio, si la restricción para la generalidad de las entidades entra a operar cuatro (4) meses antes de la elección presidencial en primera vuelta, es decir, en enero de 2014.

10. También indicó que, como las prohibiciones legales son de interpretación restringida, los condicionamientos realizados por la Corte Constitucional a la exequibilidad de los artículos de la ley 996 de 2005, que introducen limitaciones al ejercicio de la función gubernamental a partir de la manifestación del candidato Presidente o Vicepresidente, no pueden ser extendidas por vía de interpretación a todas las entidades estatales.

11. Para finalizar afirmó que diversas entidades nacionales y territoriales han consultado a la Presidencia de la República y a la Agencia Colombia Compra Eficiente sobre la posible extensión a 6 meses de las restricciones establecidas en los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005.

Con base en lo anterior se **PREGUNTA:**

¿Los seis (6) meses de la restricción que opera para cuando el Presidente o el vicepresidente aspiran a ser reelegidos, se aplica solamente a estos funcionarios, o por el contrario, ese mismo periodo se extiende a todos los entes del Estado o autoridades específicamente señaladas en los artículos 30, 32, 33 y 38, parágrafo, de la Ley 996 de 2005?

1. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO



La Sala entiende que el problema jurídico a resolver consiste en establecer el término a partir del cual empiezan a regir las prohibiciones y restricciones previstas en los artículos 30, 32, 33 y 38 párrafo de la ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales, para el Presidente de la República que estando en ejercicio aspire a la reelección inmediata, para el Vicepresidente de la República que aspire a la elección presidencial, y para todos los órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

En diversas oportunidades esta Sala se ha pronunciado sobre la aplicación y alcance de la ley estatutaria 996 de 24 de noviembre de 2005, centrado su análisis particularmente en las disposiciones que contienen restricciones y prohibiciones en materia de vinculación a la nómina estatal (artículo 32)²³⁸, restricciones a la contratación pública (artículo 33)²³⁹ y las distintas prohibiciones previstas para los servidores públicos (artículo 38)²⁴⁰. Los pronunciamientos de la Sala han incluido el estudio de elementos de la norma tanto de tipo objetivo (el objeto mismo de la regulación de la ley²⁴¹ y las conductas que se prohíben o restringen) como de carácter subjetivo (a quién se dirige en cada caso la prohibición o restricción). También se ha ocupado de estudiar algunas de las excepciones²⁴² que contempla la ley, y en cada caso, se avaló o no su particular aplicación.

²³⁸ Sobre el tema ver los siguientes conceptos del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1846 de 4 de septiembre de 2007, relacionado con la prohibición para modificar plantas de personal de las entidades del Estado en época preelectoral. También, el concepto 1839 de 26 de julio de 2007, relacionado con la misma prohibición pero particularmente concerniente a la imposibilidad de modificar la nómina de las Empresas Sociales del Estado en época preelectoral. En los conceptos 1985 del 4 de febrero de 2010, y 1985 adición del 18 de febrero de 2010, la Sala detuvo su análisis en la no viabilidad de proveer vacancias definitivas causadas por el reconocimiento de pensión de jubilación o de vejez de servidores que hagan parte de las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y tampoco de cargos creados por primera vez. En el concepto 2011 de 10 de junio de 2010, la Sala tuvo oportunidad de referirse nuevamente a esta prohibición junto con la del artículo 33 sobre contratación pública, aclarando que tales restricciones son aplicables a las entidades territoriales no solamente para las elecciones de carácter territorial sino también para las de carácter nacional y enlistando algunas entidades a las que se aplican dichas restricciones.

²³⁹ Al respecto ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1724 de 20 de febrero de 2006. En el concepto 1727 del 20 de febrero de 2006, la Sala advirtió que la restricción a la contratación directa se aplicaba a las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos domiciliarios. En el concepto 1738 del 6 de abril de 2006, aclaró que la aplicación de esta restricción también cobija a las empresas industriales y comerciales del Estado y establecimientos de crédito de naturaleza pública, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el legislador. Los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las entidades aseguradoras, cuya naturaleza sea pública o de economía mixta no pueden realizar contratación directa ni celebrar convenios interadministrativos sin vulnerar las restricciones previstas en la ley de garantías, ni los Fondos Mixtos de Promoción de la Cultura y de las Artes pueden contratar directamente ni celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, salvo cuando sea obligatorio para las dos partes en virtud de un mandato legal.

²⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1845 de 4 de septiembre de 2007.

²⁴¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 1717 y 1720 de 17 de febrero de 2006. La Sala señaló, entre otros asuntos, que la ley previó las restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; así, las consagradas en los artículos 32 y 33, operan de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial, y el artículo 38, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley, incluida la del Presidente de la República.

²⁴² Sobre el tema ver los siguientes conceptos del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto



En esta oportunidad, se pide a la Sala que determine si la temporalidad de las prohibiciones y restricciones previstas en los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo, a la luz del condicionamiento que hizo la Corte Constitucional al ejercer el control previo y automático de constitucionalidad del entonces proyecto de ley estatutaria número 216 Senado y 235 de la Cámara, bajo el entendido de que esas prohibiciones y restricciones “*se hacen efectivas para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9*”, esto es, la declaración pública y escrita de presentarse como candidatos, seis (6) meses antes de la votación en primera vuelta, es aplicable a todos los sujetos a los que se dirigen dichas disposiciones o si el mencionado término de 6 (seis) meses, solamente es aplicable al Presidente y Vicepresidente de la República.

Para resolver el problema jurídico que se le plantea a la Sala, se estudiarán los siguientes aspectos: (i) la reforma dispuesta en el Acto Legislativo 002 de 2004 y sus destinatarios, (ii) las prohibiciones y restricciones que en la ley 996 de 2005 (estatutaria) se estructuran según el tipo de elecciones de que se trate y el régimen especial cuando participan el Presidente o el Vicepresidente en ejercicio de funciones, como candidatos; (iii) la sentencia de revisión previa de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Garantías Electorales, y (iv) la aplicación restrictiva de los mandatos legales de contenido prohibitivo.

1. El Acto Legislativo 02 de 2004 y sus destinatarios

El Congreso de la República a través del acto legislativo 02 de 27 de diciembre de 2004 reformó los artículos 127, 152, 197 y 204 de la Constitución Política. Con la reforma eliminó la prohibición constitucional absoluta de reelección del Presidente de la República y la permitió sólo para un nuevo periodo. De igual manera accedió a la reelección del Vicepresidente de la República, y le prohibió a este ser candidato presidencial para el periodo consecutivo, cuando el Presidente de la República en ejercicio, se postule para ser reelegido.²⁴³

1993 de 25 de marzo de 2010, en relación con la excepción a las prohibiciones temporales para vinculaciones en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva. Sobre las excepciones en materia de contratación pública ver los conceptos 1706 de 15 de diciembre de 2005, 1712 y 1712 aclaración de 2 de febrero de 2006, 1736 de 6 de abril de 2006, 1720 de 17 de febrero de 2006. En relación con el cumplimiento de fallos judiciales como excepción a las restricciones de la ley 996 de 2005, ver el concepto 1863 de 15 de noviembre de 2007. Sobre algunos eventos en que no proceden las excepciones ver los conceptos 1725 de 20 de febrero de 2006 y 1731 de 14 de marzo de 2006.

²⁴³ El texto original de la Constitución de 1991, indicaba: “*Artículo 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio (...)*”. La Constitución de 1886 también prohibía la reelección inmediata del presidente de la República, en el artículo 127, así: “*El ciudadano que haya sido elegido Presidente de la República no podrá ser reelegido para el periodo inmediato, si hubiere ejercido la Presidencia dentro de los diez y ocho meses inmediatamente precedentes a la nueva elección. El ciudadano que hubiere sido llamado a ejercer la Presidencia y la hubiere ejercido dentro de los seis últimos meses precedentes al día de la elección del nuevo Presidente, tampoco podrá ser elegido para este empleo*”. Posteriormente, este artículo fue reformado con el objeto de extremar la prohibición de la reelección inmediata y, a partir del acto legislativo N° 3 de 1910, el texto de la norma sobre la no reelección inmediata quedó del siguiente tenor: “*El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el periodo inmediato. No podrá ser elegido Presidente de la República ni designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la*



El acto legislativo 02 de 2004²⁴⁴, además de permitir la reelección presidencial inmediata por un único periodo adicional, ordenó la expedición de una ley de garantías electorales; en este sentido, adicionó el artículo 152 de la Constitución con un literal f) para incluirla como materia de regulación por ley estatutaria y creó un párrafo transitorio que señaló los temas que la ley debía comprender, así: 1) garantías a la oposición, 2) participación en política de servidores públicos, 3) derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, 4) financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, 5) derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato, y 6) normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. El párrafo transitorio dispuso también que el proyecto tuviera un mensaje de urgencia y fuera revisado en la mitad del tiempo por la Corte Constitucional.

Cabe anotar que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del acto legislativo número 02 de 2004, declaró su exequibilidad en consideración a que la norma se expidió en concordancia con las disposiciones constitucionales que regulan la aprobación de los actos reformativos de la Constitución y, además, no constituyó una sustitución de los pilares fundamentales de la Carta Política.²⁴⁵

Ahora bien, en cuanto a los destinatarios, dispuso el artículo 1° del acto legislativo 02 de 2004:

“Modifícanse los incisos 2o y 3o del artículo 127 de la Constitución Política y adicionanse dos incisos finales al mismo artículo, así:

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

presidencia dentro del mismo año inmediatamente anterior a la elección...”. Esta norma rigió hasta la expedición de la Constitución de 1991.

²⁴⁴ Acto legislativo 02 de 2004. “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.” (...) “Art. 2. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos periodos [...]. Parágrafo Transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo periodo presidencial.” // “Art. 4°. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un párrafo transitorio así: / f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. / Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria [...] El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional....”. Diario oficial número 45774 de diciembre 27 de 2004.

²⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005. Expediente D-5645.



Cuando el Presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción. En todo caso dicha participación solo podrá darse desde los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial, y se extenderá hasta la fecha de la segunda vuelta en caso de que la hubiere. La Ley Estatutaria establecerá los términos y condiciones en los cuales, antes de ese lapso, el Presidente o el Vicepresidente podrán participar en los mecanismos democráticos de selección de los candidatos de los partidos o movimientos políticos.

Durante la campaña, el Presidente y el Vicepresidente de la República no podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Se exceptúan los destinados al cumplimiento de las funciones propias de sus cargos y a su protección personal, en los términos que señale la Ley Estatutaria.”

La norma superior transcrita regula la participación en política electoral de todos los “empleados del Estado”, de manera que ellos son sus destinatarios; la misma norma establece las condiciones de su participación en política; y, en todo caso, ordena que una ley estatutaria desarrolle sus mandatos.

Además, esta reforma, como se indicó, permitió la reelección para el periodo inmediatamente siguiente, de quienes ejerzan los cargos de Presidente de la República y Vicepresidente de la República, situación novedosa en nuestra organización institucional que trajo consigo la imperiosa necesidad de ordenar la adopción de normas y medidas tendientes a garantizar de manera efectiva la igualdad de los candidatos y la transparencia de las elecciones presidenciales en las que participen los servidores mencionados.

Vale decir que, el Presidente y el Vicepresidente de la República, en ejercicio, que decidan participar en las elecciones presidenciales que han de realizarse dentro de su mandato, son destinatarios específicos de la reforma constitucional en comento.

En este sentido, es del caso señalar que las expresiones “*Presidente de la República*” y “*Vicepresidente de la República*” suelen usarse para referirse a la más alta autoridad del Estado y a la persona natural que detenta esa autoridad. Pero, por supuesto, en la organización de la Administración Pública, corresponden también a la denominación de unos empleos públicos²⁴⁶; y es

²⁴⁶ El empleo público es el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades, establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública en desarrollo de lo ordenado por los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Política. Cfr. artículo 2° del decreto ley 1042 de 1978, que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional; y el artículo 19 de la ley 909 de 2004 que regula el empleo público. Aclara la Sala que si bien ninguna de las dos normas citadas es aplicable al Presidente de la República ni al Vicepresidente, la definición sí lo es por analogía. Ahora, nótese que son varias las disposiciones de la Constitución Política en las cuales se mencionan los “empleos” de Presidente y Vicepresidente de la República. Por ejemplo, el artículo 173, numeral 1°, le asigna al Senado de la República la atribución de “admitir o no las renuncias que hagan de sus empleos el Presidente de la República o el Vicepresidente”; el artículo 193, conforme al cual corresponde al Senado “conceder licencia al Presidente de la República para separarse temporalmente del cargo”, y si es por enfermedad, el Presidente “puede dejar de ejercer el cargo, por el tiempo necesario” dando aviso al Senado o en receso de este a la Corte Suprema de Justicia; el artículo 194 se refiere también a las faltas absolutas y temporales



esta acepción técnica la que cobra interés para el presente estudio, pues el condicionamiento por el cual se consulta, como se explicará más adelante, está directamente referido a unos empleos públicos en particular y no a los organismos o entidades que integran dicha administración pública.

En suma, la reforma constitucional adoptada por el acto legislativo 2 de 2004, es precisa al especificar los empleos de Presidente de la República y de Vicepresidente de la República como destinatarios de un régimen especial de prohibiciones y restricciones, al cual quedan sujetas las personas naturales titulares de los mismos cuando aspiren a ser reelegidas o elegida, según el caso, para el periodo inmediatamente siguiente.

2. Ley 996 de 2005, estatutaria de garantías electorales

El Congreso de la República, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del párrafo transitorio del reformado artículo 152 superior, por virtud del artículo 4 del acto legislativo 02 de 2004, tramitó el proyecto de ley estatutaria número 216 de 2005 Senado y 235 de la Cámara, mediante el cual se *“reglamenta la elección de Presidente de la República de conformidad con el artículo 152 literal f de la Constitución Política de Colombia y de acuerdo a lo establecido en el acto legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”*. Este proyecto, previo examen de constitucionalidad, se convirtió en la ley 996 de 2005, comúnmente conocida como ley de garantías electorales.²⁴⁷

Así las cosas, la ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico que garantiza las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos cuya aplicación procede en las campañas electorales a la Presidencia de la República, para lo cual contiene una serie de disposiciones especiales aplicables a los eventos en que en las elecciones presidenciales participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República; y en las campañas electorales que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales.²⁴⁸

Esta ley 996 de 2005, estatutaria de las garantías electorales, en desarrollo del mandato contenido en el acto legislativo 2 de 2004, *“tiene como propósito definir el marco legal”* del debate electoral cuando el Presidente de la República y el Vicepresidente participen como candidatos en las elecciones presidenciales, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley.²⁴⁹

para efectos de la revisión del cargo. Por lo demás, las funciones del Presidente le están asignadas en el artículo 189 de la Carta. En cuanto al Vicepresidente de la República la Corte Constitucional ha dicho *“...que el cargo de Vicepresidente corresponde a un empleo público y que sus funciones están determinadas en la Constitución. Igualmente, que según ésta, es el Presidente la única autoridad que puede asignarle funciones adicionales, bien confiándole misiones o encargos especiales o mediante el mecanismo de la designación en un cargo de la rama ejecutiva...”*. Cfr. Sentencia C-594 de 7 de diciembre de 1995. Ref.: Expediente D-953. Norma acusada: Numeral 1 del artículo 13 de la Ley 171 de 1994, que incluyó al Vicepresidente en la Junta Directiva de la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena; fue declarada inexecutable porque si bien “es un empleo público”, es el Presidente la única autoridad que puede asignarle funciones adicionales a las establecidas en la Constitución.

²⁴⁷ Ley 996 de 2005 (noviembre 24), *“Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.”* D. O. No. 46.102 de 24 de noviembre de 2005.

²⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. Páginas 163 y s.s. *“3.1. Concepto y desarrollo de una Ley de Garantías electorales”*.

²⁴⁹ Cfr. Artículo 1° de la ley 996 de 2005.



Valga señalar que la ley 996 en comento regula distintos aspectos de las elecciones presidenciales, sea que participen o no el Presidente de la República o el Vicepresidente, como candidatos; también se ocupa de todos los procesos electorales para cargos de elección popular, desarrolla la participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición y establece para el efecto varias prohibiciones dirigidas a los empleados del Estado, sin distinción, así como otras destinadas expresamente a las autoridades locales.

En sus disposiciones generales, la ley 996 define la campaña presidencial como *“el conjunto de actividades realizadas con el propósito de divulgar el proyecto político y obtener apoyo electoral a favor de alguno de los candidatos”*²⁵⁰; y en su artículo 4° dispone lo siguiente:

*“Artículo 4o. Legislación especial. El Presidente o el Vicepresidente de la República que manifiesten su interés de participar en la campaña presidencial o se inscriban como candidatos en la elección presidencial, estarán sujetos a las condiciones que para estos efectos consagra la Constitución Política y la presente ley de manera explícita para ellos, en razón a su doble condición de funcionarios públicos y candidatos.”*²⁵¹

En la estructura de la ley 996 de 2005, la denominada *“legislación especial”* corresponde a los artículos que en cada uno de los capítulos se refieren expresamente al Presidente de la República y al Vicepresidente de la República, con lo cual, de nuevo se reiteran como destinatarios los empleos y sus titulares, y se hacen explícitas las prohibiciones y restricciones que en cada uno de los momentos del proceso electoral, afectan a dichos servidores en el ejercicio de sus funciones y en la disponibilidad de los bienes oficiales inherentes o necesarios para tal ejercicio.

De otra parte, en el Título II, *“Reglamentación especial de la campaña presidencial”*, Capítulo II sobre *“inscripción de candidaturas”*, se encuentra el artículo 9°, que regula la *“declaración del Presidente que aspira a ser candidato a la elección presidencial”*, en los siguientes términos:

“Artículo 9°. Declaración del Presidente que aspira ser candidato a la elección presidencial. El Presidente o el Vicepresidente de la República que aspiren a la elección presidencial, de conformidad con las calidades establecidas en la Constitución Política, deberán declarar públicamente y por escrito su interés de presentarse como candidatos, seis (6) meses antes de la votación en primera vuelta. Copia del escrito deberá depositarse en la Registraduría Nacional del Estado Civil.”

Este requisito debe cumplirse, según la norma, mediante una manifestación pública y por escrito por parte del Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio de su voluntad de participar como candidato en la elección presidencial y, además, es menester que se surta el depósito del documento en el cual conste dicha declaración en la Registraduría Nacional del Estado Civil, con el agregado de que todas estas actuaciones deben ocurrir *“seis (6) meses antes de la votación en primera vuelta.”*

²⁵⁰ Cfr. Artículo 2° *ibídem*

²⁵¹ Sentencia C-1153-05, “4. Declarar EXEQUIBLE el artículo 4°, en el entendido que la manifestación de interés es la regulada en el artículo 9° y que desde ese momento, el Presidente o el Vicepresidente quedan sujetos a las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 38, y 40 del Proyecto de Ley”.



3. La sentencia de revisión previa de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Garantías Electorales

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005, por disposición del artículo 241 inciso 8 de la Constitución, efectuó el control previo y automático de constitucionalidad sobre el proyecto de la mencionada ley estatutaria de garantías electorales, providencia que fue posteriormente aclarada en relación con algunos aspectos, y que, de conformidad con el artículo 243 superior, hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y, por lo mismo, es de carácter definitiva.

Así, para resolver el interrogante de esta consulta, es menester conocer las condiciones temporales que sujetan la aplicación de las restricciones contenidas en el artículo 30²⁵², que se dirige al Presidente y Vicepresidente de la República en ejercicio cuando alguno aspire como candidato a la elección presidencial; en el artículo 32²⁵³, previsto para toda la rama ejecutiva del poder público; en el artículo 33²⁵⁴, cuyos destinatarios son todos los entes del Estado; y en el artículo 38 párrafo²⁵⁵, que

²⁵² “Artículo 30. Prohibiciones al Presidente durante la campaña presidencial. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de votación en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, el candidato que ejerce la Presidencia o la Vicepresidencia de la República no podrá:

1. Asistir a actos de inauguración de obras públicas.//2. Entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional.//3. Referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas, como Jefe de Estado o de gobierno, excepto en situaciones que hagan referencia a asuntos de seguridad nacional, seguridad de los candidatos o sus campañas políticas, soberanía, emergencias o desastres.//4. Utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del gobierno.//5. Utilizar bienes del Estado, diferentes a los propios de sus funciones y aquellos destinados a su seguridad personal, en actividades de su campaña presidencial.”/Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1153 de 2005](#); el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE en el entendido que las prohibiciones a que se refiere se hacen efectivas para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

²⁵³ “Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente”. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1153 de 2005](#), en el entendido que para el Presidente o el Vicepresidente de la República dicha restricción se aplica desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1153 de 2005](#), en el entendido de que la Registraduría adoptará un procedimiento ágil y eficaz para la selección del personal supernumerario.

“Párrafo transitorio. INEXEQUIBLE. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, adoptará el procedimiento descrito en el párrafo que antecede, durante la realización del censo poblacional, para efectos del personal supernumerario que se contrate para estos efectos”. Corte Constitucional [Sentencia C-1153 de 2005](#).

²⁵⁴ “Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.//Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.” Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1153 de 2005](#); el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE, condicionado a que se



rige para las entidades territoriales, a partir de la revisión que de los citados artículos del proyecto de ley estatutaria realizó la Corte en la sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005.

En la parte motiva de su pronunciamiento, la Corte Constitucional hizo expresa alusión de la razón por la cual modularía la sentencia, y la forma como se produciría la modulación. Señaló al respecto, que el hecho de que el juez constitucional emprenda un juicio meramente jurisdiccional sobre las normas sometidas a estudio, no descarta la posibilidad de que se produzcan fallos modulados con el propósito de garantizar la vigencia del principio de interpretación constitucional conocido como de “conservación del derecho”.

Resaltó que lo relevante en ese procedimiento es que se manifieste expresamente que la interpretación que debe dársele al precepto es aquella que lo hace compatible con la Carta, y además aparezca en la parte resolutive del fallo del juez constitucional y se precise la interpretación que debe respetarse por resultar ajustada a los preceptos superiores²⁵⁶. Esta técnica, advierte la Sala, permite al juez constitucional garantizar la supremacía de los preceptos constitucionales sobre la norma legal, al no retirar del ordenamiento la disposición que admite una lectura conforme a las normas superiores, lo que implica proferir una sentencia en la que se modula sus efectos, en el sentido de condicionar la exequibilidad y aplicación de la norma a la interpretación que resulta armónica con la Constitución.

Al entrar en materia y revisar el Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05-Senado, N° 235-Cámara, que habría de convertirse en la ley 996 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 4º, conforme al cual, se recuerda, *“el Presidente o el Vicepresidente de la República que manifiesten su interés de participar en la campaña presidencial o se inscriban como candidatos en la elección presidencial estarán sujetos a las condiciones que para estos efectos consagra la Constitución*

entienda que para el Presidente o el Vicepresidente de la República se aplique desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

²⁵⁵ “Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. (...) Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos. //Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.//No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participe n voceros de los candidatos.//La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005.

²⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. Páginas 96 a 98.



*Política y la ley estatutaria de manera explícita para ello, en razón a su doble condición de funcionarios públicos y candidatos*²⁵⁷.

En la citada sentencia, con referencia al Presidente y al Vicepresidente de la República, examinó la oportunidad de la presentación de sus candidaturas y la inscripción de las mismas, señalando que se mencionan estos dos momentos porque determinan la sujeción *“a las normas especiales que para esos casos consagra la Constitución Política y la ley”*; agregando que *“el propósito legislativo (...) es dar garantías que permitan que el debate democrático previo a la elección presidencial sea equilibrado y transparente, especialmente cuando el Presidente o el Vicepresidente fungen como candidatos, de manera que existan mecanismos jurídicos que impidan que el jefe del ejecutivo utilice sus facultades gubernamentales como un medio para colocarse en una posición ventajosa frente a los demás aspirantes...”*.

Indicó la Corte que a partir del momento en que, seis meses antes de la elección presidencial, el Presidente de la República en ejercicio manifieste su aspiración a ser reelegido, este adquiere la doble condición de ser el primer mandatario de los colombianos y al mismo tiempo candidato, situación que se oficializa cuando se inscribe formalmente. Derivó la Corte de esa doble condición dos efectos jurídicos: (i) el presidente continúa ejerciendo plenamente sus funciones públicas y (ii) en aras de la igualdad, las atribuciones que tiene como Presidente no pueden ser empleadas para promover su candidatura personal.

En todo caso, la exequibilidad de la norma se dio en el entendido *“según el cual las restricciones legalmente previstas al ejercicio de la función gubernamental se aplican desde el momento de la manifestación pública por escrito depositado ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, hecha por el Presidente o el Vicepresidente respecto de su interés en postularse como candidatos”*, establecida en el artículo 9º²⁵⁸; de manera que en el numeral 4 de la parte resolutive así se dispuso: *“4. Declarar exequible el artículo 4, en el entendido que la manifestación de interés es la regulada en el artículo 9º y que desde ese momento, el Presidente o el Vicepresidente quedan sujetos a las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 38, y 40 del Proyecto de Ley”*.

Ahora bien, tal como lo anunció desde el análisis de exequibilidad del artículo 4º, la Corte reiteró el condicionamiento de los seis meses en idénticos términos al abordar el estudio de cada una de las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 38 y 40 del proyecto de ley de garantías electorales. También incluye en la parte resolutive del fallo las condiciones bajo las cuales se supeditó la validez de estas disposiciones, consistentes a que se entienda que las prohibiciones y restricciones contenidas en tales normas se aplican ***“para el Presidente o el Vicepresidente (...) desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º”***²⁵⁹, expresión que no da lugar a ambigüedades ni a equívocos, pues en ella se indica claramente

²⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. Páginas 179 y s.s. *“4. Análisis del articulado del proyecto de ley de la referencia (...) d. Artículo 4. Legislación especial”*

²⁵⁸ Esto es cuando el Presidente o el Vicepresidente de la República hagan la manifestación pública y por escrito de su interés de aspirar como candidatos en la contienda electoral presidencial, seis meses antes de la votación en primera vuelta (el artículo noveno del proyecto que se examinó, es el ahora artículo 9 de la ley 996 de 2005, el cual también quedó con igual condicionamiento).

²⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. Páginas 294 y s.s. *“RESUELVE”*.



quienes son los sujetos cobijados con dicha interpretación o modulación de los efectos de la sentencia.

Es decir, la Sala observa que la Corte Constitucional, al resolver la duda relativa al momento a partir del cual deben operar las normas especiales restrictivas al ejercicio de la función gubernamental, previstas en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, se refirió exclusivamente al Presidente y al Vicepresidente de la República, cuando estos aspiran a la reelección inmediata o a la elección presidencial. En efecto, solo respecto de estos servidores señaló que las disposiciones relacionadas con las prohibiciones y restricciones de la ley, se hacían efectivas en el instante en que anunciaron su interés en la postulación de sus candidaturas a la elección presidencial con las solemnidades legales del caso, lo que significa que la aplicación de tales normas restrictivas comienzan a regir únicamente frente a ellos y no en relación con otros seis (6) meses antes de la votación en primera vuelta.

En este orden de ideas, se concluye que el condicionamiento que se hace en la parte motiva y resolutive de la decisión de la Corte deja intacto y por tanto vigente el término de los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la correspondiente elección, con el fin de que inicie la aplicación de las normas de la ley 996 de 2005, que establecen restricciones en materia de vinculación a la nómina estatal, contratación pública y otras prohibiciones, a los demás órganos o entidades del Estado del nivel nacional y territorial.

4. Aclaración de la Corte Constitucional sobre las limitaciones temporales impuestas por el proyecto de ley de garantías electorales a los procesos de contratación de las entidades del Estado

Adicionalmente, a propósito de algunos tópicos consignados en la Sentencia C-1153 de 2005, relacionados justamente con las limitaciones temporales impuestas por el proyecto de ley de garantías electorales a los procesos de contratación de las entidades del Estado, se solicitó a la Corte Constitucional aclarar lo siguiente:

“...La Corte extendió a los seis (6) meses anteriores a la fecha de la votación en primera vuelta, el término a partir del cual se harían efectivas las restricciones o prohibiciones que, en el proyecto materia del examen realizado, se encontraba previsto en cuatro (4) meses.

“Si tal modificación del plazo resultara aplicable al precepto del artículo 33 del Proyecto de Ley, y el señor Presidente hiciera pública su aspiración a ser reelegido en ese cargo, se tendría el efecto de que a partir del 28 de noviembre del año en curso, quedaría proscrita la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

“De manera muy respetuosa permítame poner en su conocimiento y en el de la Honorable Corporación que preside que, dentro de los eventos en que la ley contractual posibilita la escogencia directa del contratista, se encuentre la celebración de contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas...”²⁶⁰

²⁶⁰ Corte Constitucional. Auto 273 de 13 de diciembre de 2005. Expediente número PE-024.



Antes de resolver el asunto, la Corte puso de presente que la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció salvo que se cumplan los requisitos del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza la aclaración de las sentencias de oficio a solicitud de parte, cuando se trate de *"los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella"* y que la solicitud de aclaración se presente en el término de ejecutoria de la sentencia. Al analizar la solicitud puntualizó la Corte:

“2. Análisis de la solicitud

(...)

En relación con este planteamiento, de la Sentencia C-1153 de 2005 emerge con toda claridad que el artículo 33 de la actual Ley 996 de 2005 -ley de garantías electorales-, que regula el tema de la contratación estatal pública, fue declarado exequible por la Corte con la condición de que se entienda que la prohibición contenida en la norma aplica “para el Presidente o el Vicepresidente...desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º”, lo cual despeja cualquier duda acerca de los sujetos a que se refiere dicha restricción. Al respecto sostuvo: “Por otra parte, para que la garantía sea plena, se hace necesario que la prohibición se aplique para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos manifiesten el interés previsto en el artículo 9º”.

(...)

En relación con esta apreciación, la Corte observa con igual claridad que la Sentencia C-1153 de 2005 declaró la exequibilidad pura y simple del texto del artículo 33 que dispone “Restricciones a la contratación pública. (...) La disposición bajo estudio no ofrece duda al respecto, pues es evidente que la misma debe interpretarse en el contexto general de la Ley 996 de 2005, en el de la Sentencia C-1153 de 2005 y en el del régimen general a que alude el título del artículo cuando se refiere, en general, a las restricciones a la contratación pública.

(...)

En virtud de que la Corporación no encuentra que en el punto detectado por el solicitante exista una ambigüedad acerca del entendimiento de los términos de la Sentencia, este Tribunal no accederá a la petición elevada por el representante de COLCIENCIAS” (Subrayas del texto original)²⁶¹.

Como puede apreciarse, la propia Corte Constitucional consideró que no existe duda ni ambigüedad en relación con el alcance del condicionamiento que efectuó en materia de la temporalidad de las restricciones y limitaciones a que se refieren los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005, por cuanto expresamente en la sentencia C-1153 de 2005 se señalaron los sujetos de dicho condicionamiento.

Por lo tanto, reitera la Sala que, teniendo en cuenta la interpretación que la misma Corte Constitucional hizo sobre el condicionamiento de los seis meses anteriores a la fecha de la votación en primera vuelta, no hay lugar a entender un alcance distinto a que dicho plazo únicamente es aplicable al Presidente y Vicepresidente en el evento en que aspiren a la reelección inmediata o a la elección presidencial, según el caso, para hacer efectivas las restricciones o prohibiciones que

²⁶¹ *Ibídem*



establecen los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005, y no a los demás órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial.

5. Consideraciones finales sobre la aplicación restrictiva de los mandatos legales de contenido prohibitivo

No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía *legis* o *iuris* y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶² y del Consejo de Estado²⁶³, coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el interprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador.

Así, en esta materia cobra importancia la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 31 del Código Civil, según la cual, “[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación...” (“*favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*”); y de ahí la proscripción de las interpretaciones extensivas de las normas prohibitivas, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “[e]n la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”²⁶⁴.

En consecuencia, la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas prohibitivas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de un derecho o de competencias señaladas en la ley, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador.

²⁶² Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras.

²⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras.

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 14 de diciembre de 1898, XIV, 92; reiterada por la Sala de Casación Laboral de esa misma corporación en Sentencia de 24 de julio de 1998, radicación 10767.



Por tales motivos, no es posible extender el plazo de los seis meses anteriores a la correspondiente elección presidencial de acuerdo con el condicionamiento que la Corte realizó para el Presidente o Vicepresidente en ejercicio que decidan participar en elecciones presidenciales, porque sería anticipar la aplicación de normas de carácter prohibitivo a los demás entes del Estado, cuando se repite, en esta materia, en sana hermenéutica, rige el principio de interpretación y aplicación restrictiva.

Adicionalmente, la apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva del alcance de las restricciones y limitaciones que establece la ley de garantías electorales (vid. numeral 9 de los antecedentes), implica rechazar tal tipo de interpretación ampliada, puesto que daría lugar a resultados irrazonables en términos de gestión, y, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, *“la gestión gubernamental no puede paralizarse por completo ni disminuirse durante lapsos temporales exageradamente extensos, ya que las autoridades administrativas deben contar con instrumentos adecuados para el ejercicio de su funciones en aras del bien común.”*

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

¿Los seis (6) meses de la restricción que opera para cuando el Presidente o el vicepresidente aspiran a ser reelegidos, se aplica solamente a estos funcionarios, o por el contrario, ese mismo periodo se extiende para todos los entes del Estado o autoridades específicamente señaladas en los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005?

Para los efectos de las restricciones y limitaciones establecidas en los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005, el término de seis (6) meses previsto en el artículo 9° de la misma ley 996, solamente se aplica al Presidente de la República que estando en ejercicio aspire a la reelección inmediata y al Vicepresidente de la República que aspire a la elección presidencial, y no a los demás órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial, de conformidad con los condicionamientos de exequibilidad realizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005 a las citadas normas.

En consecuencia, a los demás órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial, se les aplica el término de cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la elección presidencial para los efectos de las restricciones y limitaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005.

Remítase al señor Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 142 de 204

NORMATIVA

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 143 de 204

3. DECRETOS

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



3.1 DECRETO 1683 DE 2013

(Agosto 02)

Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011 sobre portabilidad nacional en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, dispone que: “Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integralidad, y adscripción individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios. El acceso a la atención de salud será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad. (...)”.

Que para garantizar el derecho de los ciudadanos a la portabilidad nacional de su seguro de salud y, en consecuencia, su acceso a los servicios de salud, sin trámites excesivos o innecesarios en cualquier parte del territorio nacional, así como garantizar la ordenada operación de la portabilidad y el respectivo control por las EPS, se hace necesario regular sus condiciones de operación.

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer las condiciones y reglas para la operación de la portabilidad del seguro de salud en todo el territorio nacional, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Este decreto se aplica a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, a las Entidades Promotoras de Salud, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y a las autoridades



territoriales de salud que, en razón de sus deberes y facultades, intervengan para garantizar la portabilidad del seguro de salud en el territorio nacional.

Artículo 3°. Domicilio de afiliación. Es el municipio en el cual tiene lugar la afiliación de una persona al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En dicho municipio, o en un municipio cercano por residencia o facilidad de acceso y de acuerdo con la elección del afiliado, la Entidad Promotora de Salud, deberá adscribir tanto a este, como a su núcleo familiar a una IPS primaria, como puerta de acceso a su red de servicios en dicho municipio y por fuera de él.

Parágrafo. Para los efectos de este decreto, los distritos y corregimientos departamentales se asimilan a los municipios.

Artículo 4°. Portabilidad. Es la garantía de la accesibilidad a los servicios de salud, en cualquier municipio del territorio nacional, para todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud que emigre del municipio domicilio de afiliación o de aquel donde habitualmente recibe los servicios de salud, en el marco de las reglas previstas en el presente decreto.

Artículo 5°. Operación de la portabilidad. Las Entidades Promotoras de Salud garantizarán a sus afiliados el acceso a los servicios de salud, en un municipio diferente a aquel donde habitualmente se reciben los servicios de salud en una IPS primaria, cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias, producto de la emigración ocasional, temporal o permanente de un afiliado:

1. **Emigración ocasional:** Entendida como la emigración por un período no mayor de un (1) mes, desde el municipio donde habitualmente se reciben los servicios de salud en una IPS primaria a uno diferente dentro del territorio nacional.

En este evento, todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que cuenten con servicios de urgencias, deberán brindar la atención de urgencias, así como la posterior a esta que se requiera, independientemente de que hagan parte o no de la red de la respectiva EPS. Las Entidades Promotoras de Salud, reconocerán al prestador los costos de dichas atenciones, conforme a la normatividad vigente.

Cuando se trate de pacientes en condición de emigración ocasional que solicitan atención en salud en un servicio de urgencias, ante una IPS debidamente habilitada para prestarlas, esta atención no podrá negarse con el argumento de no tratarse de una urgencia.

2. **Emigración temporal:** Cuando el afiliado se traslade de su domicilio de afiliación a otro municipio dentro del territorio nacional por un período superior a un (1) mes e inferior a doce meses (12), la EPS deberá garantizarle su adscripción a una IPS primaria en el municipio receptor y a partir de esta, el acceso a todos los servicios del Plan Obligatorio de Salud en la red correspondiente.

3. **Emigración permanente:** Cuando la emigración sea permanente o definitiva para todo el núcleo familiar, el afiliado deberá cambiar de EPS, afiliándose a una que opere el respectivo régimen en el municipio receptor. Cuando la emigración temporal supere los doce (12) meses, esta se considerará



permanente y el afiliado deberá trasladarse de EPS o solicitar una prórroga por un año más, si persisten las condiciones de temporalidad del traslado.

Cuando el afiliado al Régimen Subsidiado emigre permanentemente y opte por cambio de EPS, su afiliación en el municipio receptor se hará con base en el nivel Sisbén establecido para su anterior afiliación, hasta tanto el municipio receptor practique una nueva encuesta, lo cual en ningún caso podrá afectar la continuidad del aseguramiento.

4. Dispersión del núcleo familiar: Cuando por razones laborales, de estudio, o de cualquier otra índole, cualquiera de los integrantes del núcleo familiar afiliado, fije su residencia en un municipio del territorio nacional distinto del domicilio de afiliación donde reside el resto del núcleo familiar, dicho integrante tendrá derecho a la prestación de los servicios de salud a cargo de la misma Entidad Promotora de Salud, en el municipio donde resida, sin importar que la emigración sea temporal o permanente.

Artículo 6°. Procedimiento para garantizar la portabilidad. Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar la portabilidad a sus afiliados, a través de sus redes de atención o mediante acuerdos específicos con prestadores de servicios de salud o Entidades Promotoras de Salud (EPS), allí donde no operan como EPS y no cuenten con redes de prestación de servicios, de conformidad con la normatividad vigente.

En todo caso, la no existencia o no vigencia de dichos acuerdos, no podrá ser obstáculo para el ejercicio del derecho a la portabilidad por parte de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que lo requieran y la EPS deberá garantizarlo con sujeción a las siguientes reglas y procedimiento:

1. Toda EPS deberá contar dentro de su página web con un minisitio dedicado a portabilidad. El minisitio debe contener como mínimo:

a). Información general sobre el derecho a la portabilidad y su regulación.

b). Correo electrónico exclusivo para trámites de portabilidad, a través del cual, el afiliado podrá informar de su condición de emigrante y el requerimiento del ejercicio de la portabilidad de su seguro de salud,

c). Información de las solicitudes de portabilidad con documento de identidad, fecha de la solicitud, PS asignada y observaciones si las hubiere, para consulta de los afiliados y las IPS.

d). Espacio para trámite de autorizaciones de actividades, procedimientos, intervenciones o suministros de mayor complejidad, ordenados por la IPS primaria del municipio receptor u otra instancia autorizada. Para estos trámites, se observarán las condiciones establecidas en las normas vigentes.

e). Espacio para trámites, comunicación e información entre la EPS y las PS que atiendan sus pacientes en el marco de la portabilidad.



En todo caso, dependiendo de las condiciones del desarrollo local, la EPS procurará los mecanismos idóneos para que el afiliado pueda acceder a la información y al trámite de su requerimiento y las Direcciones Territoriales de Salud, deberán tener disponible la información pertinente sobre las EPS y brindar apoyo a los usuarios que lo requieran para el trámite del ejercicio de su portabilidad.

2. Un afiliado podrá solicitar ante la EPS mediante la línea telefónica de atención al usuario, por escrito, por correo electrónico exclusivo para trámites de portabilidad, personalmente o a través de cualquier otro medio de que disponga la EPS para el efecto, la asignación de una IPS primaria en un municipio diferente al domicilio de afiliación, en el marco de las reglas aquí previstas. En ningún caso la EPS podrá exigir la presentación personal del afiliado para el trámite de portabilidad.

La solicitud deberá contener como mínimo la siguiente información: nombre e identificación del afiliado; el municipio receptor; la temporalidad, si esta se encuentra definida; la IPS a la cual está adscrito en el municipio domicilio de afiliación y un número telefónico, dirección geográfica o dirección electrónica para recibir respuesta a su solicitud sobre adscripción a un prestador, en el municipio receptor.

La presentación personal del afiliado ante una IPS en el municipio receptor también podrá servir para iniciar el trámite de portabilidad entre EPS e IPS. En este caso, mientras se confirma la adscripción solicitada, procederá la atención de urgencias o como emigración ocasional.

3. La EPS, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la solicitud, deberá informar al afiliado la IPS a la cual ha sido adscrito en el municipio receptor y las opciones que el afiliado tendría para cambiarse. Así mismo, informará a la IPS primaria del domicilio de afiliación de la exclusión de este afiliado de su listado de adscritos.

Si la EPS le asigna una IPS primaria dentro de su red, el afiliado no podrá escoger otra por fuera de dicha red y solo podrá cambiarse de IPS dentro de las opciones de la red de la EPS en el municipio receptor.

Si la EPS no informa al afiliado respecto de la nueva IPS de adscripción dentro del término antes indicado, el afiliado podrá solicitar el servicio ante cualquier prestador de baja complejidad y, por referencia de este, ante otros de mayor complejidad. En este evento, la IPS estará obligada a prestar el servicio y la EPS a pagarlo a las tarifas que tenga pactadas con dicho prestador o, en su defecto, a las tarifas SOAT. Para permitir acceder a este servicio, la IPS deberá verificar la identidad de la persona, el correo electrónico que comunica la emigración y solicita la portabilidad y la correspondiente afiliación a la EPS.

4. En el caso anterior, de libre elección de prestador por ausencia de respuesta de la EPS, así como en los casos de urgencias, la IPS deberá informar de la atención en curso a la EPS respectiva, dentro de las primeras veinticuatro (24) horas de la atención, a través del correo electrónico para portabilidad que cada EPS obligatoriamente debe tener habilitado.

5. Hasta tanto se cuente con la disponibilidad de historia clínica digital en la web, la EPS facilitará la mayor información clínica posible al prestador en el municipio receptor, mediante trámites directos



entre las dos entidades y la IPS primaria del domicilio de afiliación, que no deben transferirse como carga al usuario, ni su ausencia o deficiencia convertirse en obstáculo para la atención.

Artículo 7°. No exigencia de requisitos adicionales a las EPS para garantizar la portabilidad.

Para efectos de garantizar la operación de la portabilidad como mecanismo excepcional, a las Entidades Promotoras de Salud no se les requerirá nueva habilitación, autorización donde no operan, ni capacidad de afiliación adicional.

Artículo 8°. Reconocimiento de UPC. El valor a reconocer a una EPS, por el aseguramiento en salud de un afiliado que emigra de su municipio de afiliación y solicita la portabilidad, será siempre el que corresponda a la UPC asignada al municipio domicilio de afiliación, sin tener en cuenta si el municipio receptor tiene asignada una UPC menor o mayor.

Artículo 9°. Financiamiento de la UPC en la portabilidad en el Régimen Subsidiado. Cuando se trate de la emigración de un afiliado del Régimen Subsidiado, la respectiva UPC se financiará con cargo a los recursos y fuentes que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud en el municipio domicilio de la afiliación.

En relación con los servicios que presten las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud a los afiliados al Régimen Subsidiado, en el marco de la portabilidad, las Entidades Promotoras de Salud darán aplicación a la medida de giro directo prevista en la normatividad vigente.

Artículo 10. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y las EPS tendrán un plazo de tres meses para adecuarse a lo aquí previsto y garantizar la plena vigencia de la portabilidad.

Publíquese y cúmplase

Dado en Bogotá, D. C., a 2 de agosto de 2013



3.2 DECRETO 0723 DE 2013

(Abril 15)

Por el cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, y

CONSIDERANDO:

Que el numeral 1 del literal a) del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, que modifica el artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, señala que son afiliados obligatorios al Sistema General de Riesgos Laborales “... *las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación*”.

Que el numeral 5 del literal a) del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, que modifica el artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, señala que son afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Riesgos Laborales “*Los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo. El pago de esta afiliación será por cuenta del contratante*”.

Que es necesario reglamentar la afiliación obligatoria de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo, para el mejoramiento de sus condiciones de salud y trabajo.

DECRETA:

CAPÍTULO. I



Disposiciones Generales

Artículo 1°. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer reglas para llevar a cabo la afiliación, cobertura y el pago de aportes en el Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo.

Artículo 2°. Campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todas las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios, con entidades o instituciones públicas o privadas con una duración superior a un (1) mes y a los contratantes, conforme a lo previsto en el numeral 1 del literal a) del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012 y a los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio del Trabajo como de alto riesgo, tal y como lo prevé el numeral 5 del literal a) del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012.

Parágrafo 1°. Para efectos del presente decreto, todas las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con una duración superior a un (1) mes, se entenderán como contratistas.

Parágrafo 2°. Se entiende como contrato formal de prestación de servicios, aquel que conste por escrito. Tratándose de entidades o instituciones públicas, se entienden incluidos los contratos de prestación de servicios independientemente del rubro presupuestal con cargo al cual se efectúa el pago.

Artículo 3°. Actividades de alto riesgo. Para efectos del presente decreto, se asimilan como de alto riesgo, aquellas actividades correspondientes a las clases IV y V a que hace referencia el Decreto-ley 1295 de 1994 y la clasificación de actividades económicas establecidas en el Decreto 1607 de 2002 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

CAPÍTULO. II

Afiliación y Cobertura

Artículo 4°. Selección de la Administradora de Riesgos Laborales. Las personas a las que se les aplica el presente decreto, para efectos de su afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales, tienen el derecho a la libre escogencia de su Administradora de Riesgos Laborales, debiendo afiliarse a una sola.

Parágrafo. El trabajador dependiente que simultáneamente suscriba uno o más contratos de prestación de servicios civiles, comerciales o administrativos, entre otros, en calidad de contratista, debe seleccionar la misma Administradora de Riesgos Laborales en la que se encuentre afiliado como trabajador dependiente.

Artículo 5°. Afiliación por intermedio del contratante. El contratante debe afiliar al Sistema General de Riesgos Laborales a los contratistas objeto del presente decreto, de conformidad con lo



establecido en el parágrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012. El incumplimiento de esta obligación, hará responsable al contratante de las prestaciones económicas y asistenciales a que haya lugar.

Artículo 6°. Inicio y finalización de la cobertura. La cobertura del Sistema General de Riesgos Laborales se inicia el día calendario siguiente al de la afiliación; para tal efecto, dicha afiliación al Sistema debe surtirse como mínimo un día antes del inicio de la ejecución de la labor contratada.

La finalización de la cobertura para cada contrato corresponde a la fecha de terminación del mismo.

Artículo 7°. Documentos o soportes para la afiliación. Para la afiliación ante la Administradora de Riesgos Laborales, el contratante debe presentar el formulario físico o electrónico establecido para tal fin por el Ministerio de Salud y Protección Social, así como los soportes que se requieran. El formulario debe contener como mínimo, el valor de los honorarios, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la clase de riesgo.

Artículo 8°. Novedades en el Sistema General de Riesgos Laborales. Los contratantes deberán presentar la declaración de novedades previsible en forma anticipada a su ocurrencia; aquellas novedades no previsible, se reportarán el día de su ocurrencia o máximo el día hábil siguiente a aquel en el cual se tenga conocimiento.

La declaración de novedades por parte de los contratantes deberá hacerse mediante formulario físico o electrónico, según el formato que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social.

Artículo 9°. Afiliación cuando existen varios contratos. Cuando los contratistas a los que les aplica el presente decreto celebren o realicen simultáneamente varios contratos, deben estar afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales por la totalidad de los contratos suscritos, en una misma Administradora de Riesgos Laborales.

El contratista debe informar al contratante, la Administradora de Riesgos Laborales a la cual se encuentra afiliado, para que este realice la correspondiente novedad en la afiliación del nuevo contrato.

Artículo 10. Cobertura de las prestaciones económicas y asistenciales. Los contratistas afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales, tienen derecho a las prestaciones económicas y asistenciales establecidas en la legislación vigente.

CAPÍTULO. III

Cotización y Pago

Artículo 11. Cotización según clase de riesgo. La cotización de las personas a las que se les aplica el presente decreto, se realizará teniendo en cuenta el mayor riesgo entre:

1. La clase de riesgo del centro de trabajo de la entidad o institución,



2. El propio de la actividad ejecutada por el contratista.

Parágrafo 1°. Cuando las entidades o instituciones no tengan centros de trabajo se tomará la actividad principal de la entidad o institución.

Parágrafo 2°. La Administradora de Riesgos Laborales deberá verificar la clasificación de la actividad económica con la cual fue afiliado el contratista, para lo cual, podrá pedir copia del contrato firmado y en caso de encontrar inconsistencia realizará la reclasificación, de lo cual deberá informar al contratante para efectos de la reliquidación y pago de las cotizaciones, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

Artículo 12. Ingreso base de cotización. La base para calcular las cotizaciones de las personas a las que les aplica el presente decreto no será inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes y debe corresponder a la misma base de cotización para los Sistemas de Salud y Pensiones.

Cuando las personas objeto de la aplicación del presente decreto perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varios contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de ellos conforme a la normativa vigente. No obstante, cuando se alcance el límite de los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, deberá cotizarse empezando por el de mayor riesgo.

En el evento de simultaneidad de contratos, el ingreso base de cotización para el reconocimiento de las prestaciones económicas por parte de la Administradora de Riesgos Laborales, será igual a la sumatoria de los ingresos base de cotización de la totalidad de los contratos, sin que supere el límite al que hace referencia el presente artículo.

Artículo 13. Pago de la cotización. Las Entidades o Instituciones públicas o privadas contratantes y los contratistas, según corresponda, deberán realizar el pago mensual de las cotizaciones al Sistema General de Riesgos Laborales de manera anticipada, dentro de los términos previstos por las normas vigentes.

Al contratista le corresponde pagar de manera anticipada, el valor de la cotización al Sistema General de Riesgos Laborales, cuando la afiliación sea por riesgo I, II o III, conforme la clasificación de actividades económicas establecidas en el Decreto 1607 de 2002 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

El contratante debe pagar el valor de la cotización de manera anticipada, cuando la afiliación del contratista sea por riesgo IV o V.

Parágrafo 1°. El contratante deberá verificar el pago mensual de aportes por parte de los trabajadores independientes al Sistema General de Riesgos Laborales.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Salud y Protección Social ajustará la Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes, de tal forma que las Entidades o instituciones públicas o privadas



contratantes y los contratistas, puedan efectuar el pago de las cotizaciones en los términos previstos en el presente decreto, incluso en los casos en que sólo proceda el pago al Sistema General de Riesgos Laborales de conformidad con la normativa vigente.

Artículo 14. Ingreso base de liquidación. El ingreso base de liquidación para las prestaciones económicas que deban ser reconocidas a las personas objeto de aplicación del presente decreto, se calculará de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1562 de 2012 o la norma que lo modifique, sustituya o adicione y tendrá en cuenta el Ingreso Base de Cotización, según lo previsto en el presente decreto.

CAPÍTULO. IV

Obligaciones

Artículo 15. Obligaciones del contratante. El contratante debe cumplir con las normas del Sistema General de Riesgos Laborales, en especial, las siguientes:

1. Reportar a la Administradora de Riesgos Laborales los accidentes de trabajo y enfermedades laborales.
2. Investigar todos los incidentes y accidentes de trabajo.
3. Realizar actividades de prevención y promoción.
4. Incluir a las personas que les aplica el presente decreto en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.
5. Permitir la participación del .contratista en las capacitaciones que realice el Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo.
6. Verificar en cualquier momento el cumplimiento de los requisitos de seguridad y salud necesarios para cumplir la actividad contratada de las personas a las que les aplica el presente decreto.
7. Informar a los contratistas afiliados en riesgo IV y/o V sobre los aportes efectuados al Sistema General de Riesgos Laborales.
8. Adoptar los mecanismos necesarios para realizar el pago anticipado de la cotización, cuando el pago del aporte esté a su cargo.

Artículo 16. Obligaciones del contratista. El contratista debe cumplir con las normas del Sistema General de Riesgos Laborales, en especial, las siguientes:

1. Procurar el cuidado integral de su salud.



2. Contar con los elementos de protección personal necesarios para ejecutar la actividad contratada, para lo cual asumirá su costo.
3. Informar a los contratantes la ocurrencia de incidentes, accidentes de trabajo y enfermedades laborales.
4. Participar en las actividades de Prevención y Promoción organizadas por los contratantes, los Comités Paritarios de Seguridad y Salud en el Trabajo o Vigías Ocupacionales o la Administradora de Riesgos Laborales.
5. Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST.
6. Informar oportunamente a los contratantes toda novedad derivada del contrato.

Artículo 17. Obligaciones de la Administradora de Riesgos Laborales. Las obligaciones de las Administradoras de Riesgos Laborales para con sus trabajadores independientes afiliados serán las siguientes:

1. Afiliar y registrar en la Administradora de Riesgos Laborales al trabajador independiente.
2. Recaudar las cotizaciones, efectuar el cobro y distribuir las mismas conforme al artículo 11 de la Ley 1562 de 2012 y lo establecido en el presente decreto.
3. Garantizar a los trabajadores independientes, la prestación de los servicios de salud y el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas en el Sistema General de Riesgos Laborales.
4. Realizar actividades de prevención y control de riesgos laborales para el trabajador independiente.
5. Promover y divulgar al trabajador independiente programas de medicina laboral, higiene industrial, salud ocupacional y seguridad industrial.
6. Fomentar estilos de trabajo y vida saludables para el trabajador independiente.
7. Investigar los accidentes de trabajo y enfermedades laborales que presenten los trabajadores independientes afiliados.
8. Suministrar asesoría técnica para la realización de estudios evaluativos de higiene ocupacional o industrial, diseño e instalación de métodos de control de ingeniería, según el grado de riesgo, para reducir la exposición de los trabajadores independientes a niveles permisibles.
9. Adelantar las acciones de cobro, previa constitución en mora del contratante o del contratista de acuerdo a la clase de riesgo y el requerimiento escrito donde se consagre el valor adeudado y los



contratistas afectados. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

10. Verificar la clasificación de la actividad económica con la cual fue afiliado el contratista.

CAPÍTULO. V

Promoción y Prevención

Artículo 18. Exámenes médicos ocupacionales. En virtud de lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, la entidad o institución contratante deberá establecer las medidas para que los contratistas sean incluidos en sus Sistemas de Vigilancia Epidemiológica, para lo cual podrán tener en cuenta los términos de duración de los respectivos contratos. El costo de los exámenes periódicos será asumido por el contratante.

A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, las personas que tengan contrato formal de prestación de servicios en ejecución, tendrán un plazo de seis (6) meses para practicarse un examen preocupacional y allegar el certificado respectivo al contratante. Para los contratos que se suscriban con posterioridad a la entrada en vigencia del presente decreto dicho plazo aplicará a partir del perfeccionamiento del mismo. El costo de los exámenes preocupacionales será asumido por el contratista.

Este examen tendrá vigencia máxima de tres (3) años y será válido para todos los contratos que suscriba el contratista, siempre y cuando se haya valorado el factor de riesgo más alto al cual estará expuesto en todos los contratos. En el caso de perder su condición de contratista por un periodo superior a seis (6) meses continuos, deberá realizarse nuevamente el examen.

Artículo 19. Alternativas de ejecución de las actividades de promoción y prevención a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales. Las actividades de promoción y prevención realizadas por la Administradora de Riesgos Laborales en la cual se encuentran afiliadas las personas a las que se les aplica el presente decreto, podrán ejecutarse de la siguiente forma:

1. En las instalaciones del contratante o fuera de ellas.
2. A través de esquemas de acompañamiento virtual y de tecnologías informáticas y de la comunicación, sin perjuicio del seguimiento personal que obligatoriamente respalde dicha gestión.
3. Mediante convenios entre Administradoras de Riesgos Laborales, en los cuales deberá señalarse la forma de remuneración de los servicios prestados.

Artículo 20. Estadísticas de accidentalidad. El contratante debe incluir dentro de sus estadísticas, los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales que sufran las personas a las que se les aplica el presente decreto en ejercicio de la actividad contratada, las cuales deben ser tenidas en cuenta para determinar el índice de lesión incapacitante y de siniestralidad.



CAPÍTULO. VI

Disposiciones finales

Artículo 21. *Inspección, vigilancia y control.* Para efectos de la aplicación del presente decreto, la inspección, vigilancia y control se realizará de la siguiente manera:

1. Las actividades de salud de las Administradoras de Riesgos Laborales estarán sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme al artículo 121 de la Ley 1438 de 2011.
2. El incumplimiento de los términos y la normativa que regula el pago de las prestaciones económicas de las personas a las que se les aplica el presente decreto será sancionado por la Superintendencia Financiera de Colombia, conforme al artículo 15 de la Ley 1562 de 2012.
3. El incumplimiento de la afiliación, administración, prevención, promoción, atención y control de los riesgos y las actividades de seguridad y salud en el trabajo, será sancionado por las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo, conforme al artículo 91 del Decreto-ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 115 del Decreto-ley 2150 de 1995 y los artículos 13, 30 y 32 de la Ley 1562 de 2012.

Artículo 22. *Mecanismos de seguimiento y control.* En virtud de lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 7° de la Ley 1562 de 2012, las entidades Administradoras de Riesgos Laborales deberán acoger las instrucciones y criterios técnicos que establezca la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales, UGPP, para el cumplimiento de sus funciones de cobro de los aportes, cobro persuasivo y recaudo y enviarán a dicha Unidad con la periodicidad y condiciones técnicas que esta determine, la información relativa al desarrollo de tales funciones sobre las obligaciones en mora que se hayan originado con acciones propias o hallazgos remitidos por dicha entidad.

Artículo 23. *Normas complementarias.* En los aspectos no regulados en el presente decreto se aplicarán las disposiciones contenidas en el Decreto-ley 1295 de 1994, las Leyes 776 de 2002, 1562 de 2012 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

Artículo 24. *Transición.* Se concede un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto, para que las personas a las que se les aplica el mismo, realicen los ajustes pertinentes a efecto de dar cumplimiento a sus disposiciones. Lo anterior, sin perjuicio de las afiliaciones realizadas con anterioridad a su entrada en vigencia, las cuales se consideran válidas, debiendo en todo caso ajustarse a lo aquí previsto dentro del término referido.

Artículo 25. *Otras disposiciones.* La afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales no configura relaciones laborales entre el contratante y el contratista.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 157 de 204

Artículo 26. Vigencia y derogatorias. El presente decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el ***Diario Oficial*** y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 2800 de 2003.

Publíquese y cúmplase

Dado en Bogotá, D. C., a 15 abril de 2013.



3. 3 DECRETO 1623 DE 2013

(julio 30)

por el cual se amplía la vigencia del mecanismo transitorio para garantizar la afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 32 de Ley 1438 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto 4465 de 2011, se estableció un mecanismo transitorio de afiliación para garantizar la continuidad en el Régimen Contributivo de aquellos afiliados cuyos ingresos mensuales fueran inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (smlmv), inscritos en el Registro de Independientes de Bajos ingresos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, disposición prorrogada por los Decretos 1396 y 2638 de 2012, determinándose en este último, como fecha de vencimiento del mecanismo, el 30 de julio de 2013.

Que el artículo 2° del Decreto 4465 de 2011, dispuso que cumplido el plazo para la vigencia del mecanismo transitorio, las personas podrían optar por mantener su afiliación en el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o afiliarse al Régimen Subsidiado y afiliarse y pagar a cotización al Sistema General de Pensiones o ingresar al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), en los términos que estableciera el Gobierno Nacional.

Que mediante Decreto 604 de 2013, se reglamentó el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), disponiendo en su artículo 24 un plazo de cinco (5) meses a partir de su entrada en vigencia para iniciar la operación de dicho mecanismo.

Que en consideración de lo anterior, se hace necesario prorrogar la vigencia del mecanismo transitorio de afiliación previsto en el Decreto 4465 de 2011, hasta la fecha de entrada en operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS).

DECRETA:

Artículo 1°. Prórroga. Prorróguese hasta la fecha de entrada en operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), el mecanismo transitorio de afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, establecido en el Decreto 4465 de 2011, para las personas cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (smlmv), de que trata el artículo 19 de la Ley 100 de 1993,



modificado por el artículo 6° de la Ley 797 de 2003 y adicionado por el artículo 2° de la Ley 1250 de 2008, que se encontraban como cotizantes 41 o 42 en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4465 de 2011, esto es, al 25 de noviembre de 2011.

Artículo 2°. Seguimiento y control. La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal (UGPP), efectuará periódicamente cruces de información de los trabajadores independientes de que trata el presente decreto y adelantará las acciones a que haya lugar en el ámbito de sus competencias.

Artículo 3°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el artículo 1° del Decreto 4465 de 2011, modificado por los Decretos 1396 y 2638 de 2012.

Publíquese y cúmplase.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 160 de 204

4. RESOLUCIONES

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



4.1 RESOLUCIÓN 162 DE 2013

(Enero 25)

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Por la cual se aprueba el presupuesto del mecanismo único de recaudo y giro de los recursos que financian y cofinancian la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado para la vigencia fiscal de 2013 y se dictan otras disposiciones.

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,

en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial, de las conferidas en el parágrafo 4 del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y en desarrollo del artículo 2 del Decreto número 4962 de 2011, y,

CONSIDERANDO:

Que el **Decreto número 4962 de 2011**, “por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la Ley 1438 de 2011”, al regular el recaudo y giro de los recursos, estableció en su artículo 2 que los recursos que financian y cofinancian la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado de Salud, se recaudarán a través del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), el cual, por disposición expresa del artículo 218 de la *Ley 100 de 1993, fue creado como una cuenta adscrita a este Ministerio que se maneja mediante encargo fiduciario.

Que para la vigencia fiscal 2013, la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado de Salud se financia y cofinancia a través de las siguientes apropiaciones:

a) Trescientos cincuenta y cuatro mil ochocientos treinta y nueve millones novecientos cincuenta y un mil once pesos (\$354.839.951.011) moneda corriente, que hacen parte de los recursos apropiados en la sección presupuestal del Ministerio de Salud y Protección Social para la vigencia fiscal 2013 – Unidad Ejecutora 19-01-14 - Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, Cuenta 3 – Transferencias Corrientes, Subcuenta 7 – Sistema General de Participaciones, Objeto del Gasto 2 – Participación para Salud, Ordinal 1 – Sistema General de Participaciones – Salud artículo 4 **Ley 715 de 2001**, Recurso 10 – Recursos Corrientes; según detalle del gasto del Decreto 2715 de 2012, por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013, los cuales fueron trasladados y distribuidos mediante Resolución 152 del 25 de enero de 2013.

b) Un billón seiscientos siete mil ochocientos sesenta y dos millones ciento dieciocho mil ciento sesenta y cuatro pesos (\$1.607.862.118.164) moneda corriente, contenido en la Sección Presupuestal del Ministerio de Salud y Protección Social para la vigencia fiscal 2013 – Unidad Ejecutora 19-01-14 - Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, Cuenta 630 - Transferencias, Subcuenta 305 – Aseguramiento en Salud, Objeto del Gasto 3 – Implementación unificación POS subsidiado a nivel nacional; Recurso 11– Otros recursos del Tesoro según detalle



del gasto del Decreto número 2715 de 2012, por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013.

c) Cinco billones seiscientos cuarenta y tres mil setecientos noventa y dos millones ochocientos veintiún mil doscientos ocho pesos (\$5.643.792.821.208) moneda corriente, que hacen parte de los recursos apropiados para la Subcuenta de Solidaridad en el presupuesto de ingresos y gastos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), para la vigencia fiscal 2013, aprobado mediante Resolución número 4495 de 2012 y que corresponden a los rubros: Subsidio a la demanda Régimen Subsidiado Cofinanciación Fosyga; Subsidio a la demanda Régimen Subsidiado Cofinanciación Aportes Presupuesto Nacional; Ampliación renovación de la afiliación del Régimen Subsidiado Subcuenta de Solidaridad Fosyga – Atención a la Población Desplazada (APD), a nivel nacional; e Implementación Unificación POS Subsidiado Nivel Nacional.

d) Sesenta y ocho mil millones de pesos (\$68.000.000.000) moneda corriente, correspondiente al valor estimado de los recursos de excedentes de aportes patronales de que trata el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1608 de 2013 que establece “los recursos de excedentes de aportes patronales correspondientes a activos remanentes del recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud provenientes del proceso de Liquidación de Cajanal EPS, (...) Los recursos a que hace referencia este artículo en todos los casos se girarán directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud desde el mecanismo de recaudo y giro creado en desarrollo del artículo 31 de la Ley 1438 de 2011”.

e) Cincuenta y tres mil doscientos cincuenta y nueve millones ciento veinticuatro mil seiscientos veintiocho pesos (\$53.259.124.628) moneda corriente, apropiados en el artículo 1 de la Resolución número 4495 de 2012, en el rubro “Régimen Subsidiado Cofinanciación Compensación de la disminución del recaudo de regalías ET”, dando cumplimiento a lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 6 del Decreto número 2710 de 2012, que establece: En el evento en que las entidades territoriales hayan girado recursos propios, para el pago de esfuerzo propio del régimen subsidiado que venían financiando con regalías en el año 2011, el Ministerio de Salud y Protección Social a través mecanismo financiero previsto en el **Decreto número 4962 de 2011**, girará estos recursos a la cuenta maestra del régimen subsidiado de la entidad territorial”.

Que conforme a la identificación de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado descrita en el considerando anterior y, teniendo en cuenta, que el esquema de administración de dicho régimen está orientado a la unificación de sus fuentes, se hace necesario a través de la presente resolución, aprobar los recursos que hacen parte del presupuesto del mecanismo único de recaudo y giro de los mencionados recursos.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. La presente resolución tiene por objeto aprobar el presupuesto para el funcionamiento del mecanismo único de recaudo y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado para la vigencia 2013.



ARTÍCULO 2. Los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), de que trata la presente resolución, deberán ser ejecutados por el administrador fiduciario de dicho Fondo a través de su Sistema Integrado de Información (SII)-ERP, con base en los resultados de la Liquidación Mensual de Afiliados.

ARTÍCULO 3. Aprobar el Presupuesto del mecanismo único de recaudo y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado para la vigencia 2013, así:

RECAUDO		
CONCEPTO	DESCRIPCIÓN	VALOR
600 21 06 01	Sistema General de Participaciones Régimen Subsidiado	\$354.839.951.011
600 21 06 02	Implementación de la Unificación de los POS a nivel nacional (Impuesto IVA S. Ley 1393 de 2011)	\$1.607.862.118.164
600 21 06 03	Transferencia Fondo de Solidaridad – Subcuenta Solidaridad.	\$5.643.792.821.208
600 21 06 04	Régimen Subsidiado Cofinanciación Excedentes Aportaciones Patronales Cajas de Seguro	\$68.000.000.000
600 21 06 05	Régimen Subsidiado Cofinanciación Compensación de la disminución del Recaudo de Regímenes de Seguro	\$53.259.124.628
TOTAL RECAUDO		\$7.727.754.015.011

GIRO		
CONCEPTO	DESCRIPCIÓN	VALOR
630 304 61 02	Reconocimiento de Unidades de Valor por Capital Liquidación Mensual de Afiliados.	\$7.606.494.890.383
630 304 61 03	Excedentes Aportaciones Patronales Cajas de Seguro	\$68.000.000.000



	Artículo 3 Ley de 2013.	
630 304 61 04	Régimen Subsidiado Cofinanciación Compensación Regalías ET.	\$53.259.124.628
TOTAL GIRO		\$7.727.754.015.011

ARTÍCULO 4. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

Nota: Resolución adicionada por las Resoluciones 610 y 1189 de 2013.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 165 de 204

5.CIRCULARES

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



5.1 Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos

Por la cual se incorporan unos medicamentos al régimen de control directo con fundamento en la metodología de la Circular 03 de 2013 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos y se les fija su Precio Máximo de Venta en el territorio nacional.

En ejercicio de sus facultades legales contenidas en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y, en desarrollo de la Ley 1438 de 2011 y,

CONSIDERANDO:

Que el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 87 de la Ley 1438 de 2011 confirieron a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (en adelante la "Comisión") la potestad de regular los precios de los medicamentos.

Que la Política Farmacéutica, expedida mediante el Documento Conpes Social 155 del 30 de agosto de 2013, instruyó a la Comisión desarrollar una política de precios de medicamentos orientada a detectar y resolver las distorsiones del mercado.

Que la Comisión expidió la Circular 03 de 2013 mediante la cual estableció la metodología para la aplicación del régimen de control directo de precios, para los medicamentos que se comercialicen en el país.

Que en aplicación de esa metodología, la Comisión, a través del Grupo Técnico Asesor dispuso para consulta pública el proyecto de circular y la información requerida para obtener los precios contenidos en ese borrador, con el fin de que los interesados pudieran hacer los comentarios y solicitudes que consideraran pertinentes.

Que los soportes técnicos que sirvieron para el cálculo de los Precios Máximos de Venta señalados en el artículo 1 de esta circular se encuentran disponibles en el página web de la Comisión, cuya consulta puede hacerse en el sitio web del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, así como en la página web del Ministerio de Salud y Protección Social.

Que los soportes técnicos utilizados y que se pueden consultar en las páginas web antes mencionadas son: (i) Base de datos sobre fuentes de información de las que se obtuvieron los precios internacionales; (ii) Sábana de levantamiento de precios internacionales; (iii) Base de datos sobre tasas de cambio; (iv) Base de datos sobre márgenes en otros países utilizados para los factores de ajuste; (v) Base de datos SISMED depurada y filtrada¹; (vi) Aplicativo para la aplicación de la metodología de la Circular 03 de 2013; (vii) Comentarios y solicitudes enviados por los interesados durante el proceso de consulta pública; y (viii) Documento de respuestas a



las solicitudes y comentarios recibidos que justifican los cambios entre el proyecto de circular sometido a consulta pública y la versión definitiva aprobada por la Comisión.

Que la Comisión analizó todos los comentarios y solicitudes recibidas y posteriormente, tomó las decisiones definitivas que se reflejan en la presente circular.

En mérito de lo expuesto y en aplicación de la metodología establecida en la Circular 03 de 2013

RESUELVE:

Artículo 1. *Incorporación de medicamentos a control directo.* Incorpórense al régimen de control directo de precios los medicamentos que se relacionan a continuación, cuyo Precio Máximo de Venta en el punto mayorista será el respectivamente señalado:

#	ID MR	CUM	Medicamento	Titular	Precio máximo de venta (PMV)
1	2	225056-1	CEREZYME de 200 U; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	GENZYME CORPORATION	\$ 1.274.807
2	3	19947558-1	VENTAVIS de 20 mcg en 2 ml; POLVO PARA INHALACION; x 30	BAYER PHARMA A.G.	\$ 2.070.939
3	3	19947558-2	VENTAVIS de 20 mcg en 2 ml; POLVO PARA INHALACION; x 90	BAYER PHARMA A.G.	\$ 6.212.818
4	4	20007747-1	FEIBA de 1000 UI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	BAXTER A.G.	\$ 1.624.381
5	4	20007747-2	FEIBA de 1000 UI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	BAXTER A.G.	\$ 1.624.381
6	4	226747-1	FEIBA de 500 UI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	BAXTER A.G.	\$ 812.190
7	4	226747-2	FEIBA de 500 UI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	BAXTER A.G.	\$ 812.190
8	4	226747-3	FEIBA de 500 UI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR	BAXTER A.G.	\$ 812.190



			A SOLUCION INYECTABLE; x 1		
9	4	226747-4	FEIBA de 500 UI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	BAXTER A.G.	\$ 812.190
10	6	19906408-1	NOVOSEVEN de 240 KUI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	NOVO NORDISK A/S	\$ 7.119.843
11	6	19906410-1	NOVOSEVEN de 120 KUI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	NOVO NORDISK A/S	\$ 3.559.921
12	6	20015482-1	NOVOSEVEN de 100 KUI; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	NOVO NORDISK A/S	\$ 2.966.601
13	8	20001582-1	VOLIBRIS de 10 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	GLAXOSMITHKLINE TRADING SERVICES LIMITED	\$ 7.470.687
14	8	20001583-1	VOLIBRIS de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	GLAXOSMITHKLINE TRADING SERVICES LIMITED	\$ 3.735.343
15	10	19941419-1	FORTEO de 750 mcg en 3 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	ELI LILLY AND COMPANY	\$ 822.965
16	10	19941419-2	FORTEO de 600 mcg en 2,4 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	ELI LILLY AND COMPANY	\$ 658.108
17	13	19909460-1	SYNAGIS PALIVIZUMAB de 50 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	ABBVIE S.A.S.	\$ 1.130.587
18	13	19909460-2	SYNAGIS PALIVIZUMAB de 50 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	ABBVIE S.A.S.	\$ 1.130.587
19	13	230435-1	SYNAGIS de 100 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	ABBVIE S.A.S.	\$ 2.261.173
20	14	20046523-1	TOMOZONEX de 250 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	ASTRAZENECA UK LIMITED	\$ 2.289.001
21	14	20046524-	TOMOZONEX de 5 mg; TABLETA /	ASTRAZENECA UK	\$ 45.780



		1	CÁPSULA; x 5	LIMITED	
22	14	20046525-1	TOMOZONEX de 20 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	ASTRAZENECA LIMITED UK	\$ 183.120
23	14	19907387-1	TEMODAL de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 45.780
24	14	19907387-2	TEMODAL de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 183.120
25	14	19907387-3	TEMODAL de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 45.780
26	14	19907387-4	TEMODAL de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 183.120
27	14	19907388-1	TEMODAL de 100 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 915.601
28	14	19907388-2	TEMODAL de 100 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 3.662.402
29	14	19907388-3	TEMODAL de 100 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 915.601
30	14	19907388-4	TEMODAL de 100 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 3.662.402
31	14	19907389-1	TEMODAL de 250 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 2.289.001
32	14	19907389-2	TEMODAL de 250 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 9.156.005
33	14	19907389-3	TEMODAL de 250 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 2.289.001
34	14	19907389-4	TEMODAL de 250 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION SHARP	\$ 9.156.005



35	14	19907390-1	TEMODAL de 20 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 183.120
36	14	19907390-2	TEMODAL de 20 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 732.480
37	14	19907390-3	TEMODAL de 20 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 183.120
38	14	19907390-4	TEMODAL de 20 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 732.480
39	14	20001037-1	TEMODAL de 180 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 1.648.081
40	14	20001037-2	TEMODAL de 180 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 6.592.324
41	14	20001037-3	TEMODAL de 180 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 1.648.081
42	14	20001037-4	TEMODAL de 180 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 6.592.324
43	14	20001038-1	TEMODAL de 140 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 1.281.841
44	14	20001038-2	TEMODAL de 140 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 5.127.363
45	14	20001038-3	TEMODAL de 140 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 1.281.841
46	14	20001038-4	TEMODAL de 140 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	MERCK & DOHME CORPORATION	SHARP	\$ 5.127.363
47	16	20040580-1	CITABIBEX de 500 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	ASTRAZENECA LIMITED	UK	\$ 202.488
48	16	20040580-	CITABIBEX de 500 mg; TABLETA /	ASTRAZENECA	UK	\$ 404.976



		2	CÁPSULA; x 60	LIMITED	
49	16	20040580-3	CITABIBEX de 500 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 120	ASTRAZENECA LIMITED UK	\$ 809.952
50	16	229745-1	XELODA de 500 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 120	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 809.952
51	17	20010363-1	MABTHERA de 500 mg en 50 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 2.881.125
52	17	226777-1	MABTHERA de 100 mg en 10 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 2	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 1.152.450
53	17	226777-2	MABTHERA de 500 mg en 50 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 2.881.125
54	18	19903070-1	HERCEPTIN de 440 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 3.927.613
55	19	19953428-1	ERBITUX de 250 mg en 50 ml; SOLUCION PARA INFUSIÓN; x 1	MERCK S.A.	\$ 1.416.535
56	19	19953428-2	ERBITUX de 500 mg en 100 ml; SOLUCION PARA INFUSIÓN; x 1	MERCK S.A.	\$ 2.833.070
57	19	19953428-3	ERBITUX de 100 mg en 20 ml; SOLUCION PARA INFUSIÓN; x 1	MERCK S.A.	\$ 566.614
58	20	19971195-1	NEXAVAR de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 10	BAYER PHARMA AG.	\$ 690.394
59	20	19971195-2	NEXAVAR de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 60	BAYER PHARMA AG.	\$ 4.142.367
60	22	19950318-1	VELCADE de 3,5 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 2.355.303
61	22	20054878-1	BORTEZOMIB de 3,5 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	VENUS REMEDIES LIMITED	\$ 2.355.303
62	23	19956000-1	AVASTIN de 100 mg en 4 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 756.047
63	23	19956001-1	AVASTIN de 400 mg en 16 ml; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 3.024.189



			INYECTABLE; x 1		
64	24	201182-1	ZOLADEX de 10,8 mg; IMPLANTE; x 1	ASTRAZENECA UK LIMITED	\$ 645.618
65	24	201182-3	ZOLADEX de 10,8 mg; IMPLANTE; x 1	ASTRAZENECA UK LIMITED	\$ 645.618
66	24	47155-1	ZOLADEX de 3,6 mg; IMPLANTE; x 1	ASTRAZENECA UK LIMITED	\$ 215.206
67	24	47155-3	ZOLADEX de 3,6 mg; IMPLANTE; x 1	ASTRAZENECA UK LIMITED	\$ 215.206
68	25	202595-2	BETAFERON de 250 mcg; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 15	BAYER PHARMA AG.	\$ 1.964.490
69	26	19905280-1	REMICADE de 100 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 1.067.945
70	27	20006016-1	TYSABRI de 300 mg en 15 ml; SOLUCION PARA INFUSIÓN; x 1	ELAN PHARMA INTERNATIONAL LIMITED.	\$ 3.564.080
71	28	20028870-1	SOLIRIS de 300 mg en 30 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	ALEXION PHARMA COLOMBIA SAS	\$ 10.116.923
72	29	19939766-1	HUMIRA TM de 40 mg en 0,8 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 2	ABBVIE S.A.S.	\$ 2.125.677
73	29	19939766-2	HUMIRA TM de 40 mg en 0,8 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	ABBVIE S.A.S.	\$ 1.062.838
74	29	19939766-3	HUMIRA TM de 40 mg en 0,8 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	ABBVIE S.A.S.	\$ 1.062.838
75	29	19939766-4	HUMIRA TM de 40 mg en 0,8 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 2	ABBVIE S.A.S.	\$ 2.125.677
76	30	20014965-1	CIMZIA de 200 mg en 1 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 2	UCB PHARMA SA	\$ 1.925.782
77	30	20014965-2	CIMZIA de 200 mg en 1 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 6	UCB PHARMA SA	\$ 5.777.346



78	30	20014965-3	CIMZIA de 200 mg en 1 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 2	UCB PHARMA SA	\$ 1.925.782
79	30	20014965-4	CIMZIA de 200 mg en 1 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 6	UCB PHARMA SA	\$ 5.777.346
80	31	20002627-1	ACTEMRA de 200 mg en 10 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 795.005
81	31	20002627-2	ACTEMRA de 200 mg en 10 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 3.180.018
82	31	20002628-1	ACTEMRA de 400 mg en 20 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 1.590.009
83	31	20002628-2	ACTEMRA de 400 mg en 20 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 6.360.036
84	31	20002629-1	ACTEMRA de 80 mg en 4 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 318.002
85	31	20002629-2	ACTEMRA de 80 mg en 4 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 1.272.007
86	32a	19999701-1	REVLIMID de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 21	CELGENE EUROPE LIMITED	\$ 10.442.215
87	32b	19999700-1	REVLIMID de 10 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 21	CELGENE EUROPE LIMITED	\$ 11.026.058
88	32c	19999772-1	REVLIMID de 25 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 21	CELGENE EUROPE LIMITED	\$ 12.785.496
89	32d	19999773-1	REVLIMID de 15 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 21	CELGENE EUROPE LIMITED	\$ 12.580.682
90	34	51881-1	SABRIL de 500 MG; TABLETA / CÁPSULA; x 60	SANOFI-AVENTIS DE COLOMBIA S.A.	\$ 70.903
91	34	51881-2	SABRIL de 500 MG; TABLETA / CÁPSULA; x 20	SANOFI-AVENTIS DE COLOMBIA S.A.	\$ 23.634
92	34	51881-4	SABRIL de 500 MG; TABLETA /	SANOFI-AVENTIS	\$ 106.354



			CÁPSULA; x 90	DE COLOMBIA S.A.	
93	37	19954847-2	REMINYL de 16 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 7	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 40.333
94	37	19954847-3	REMINYL de 16 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 14	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 80.666
95	37	19954847-4	REMINYL de 16 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 28	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 161.333
96	37	19954848-2	REMINYL de 8 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 7	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 20.167
97	37	19954848-3	REMINYL de 8 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 14	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 40.333
98	37	19954848-4	REMINYL de 8 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 28	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 80.666
99	38	19953339-1	XOLAIR de 150 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 816.740
100	39	19935648-1	SOMATULINE AUTOGEL de 90 mg en 0,3 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	IPSEN PHARMA S.A.S.	\$ 2.163.316
101	39	19935650-1	SOMATULINE AUTOGEL de 60 mg en 0,3 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	IPSEN PHARMA S.A.S.	\$ 1.442.211
102	39	19995723-1	SOMATULINE de 120 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	IPSEN PHARMA S.A.S.	\$ 2.884.421
103	41	20011882-1	VANGAVIR de 450 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 10	BIOTOSCANA FARMA S.A.	\$ 498.989
104	41	20011882-2	VANGAVIR de 450 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	BIOTOSCANA FARMA S.A.	\$ 997.978
105	41	20011882-3	VANGAVIR de 450 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	BIOTOSCANA FARMA S.A.	\$ 1.496.967
106	41	20011882-4	VANGAVIR de 450 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 60	BIOTOSCANA FARMA S.A.	\$ 2.993.935
107	41	20011882-5	VANGAVIR de 450 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 100	BIOTOSCANA FARMA S.A.	\$ 4.989.891
108	41	19927730-1	VALIXA de 450 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 60	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 2.993.935



109	46	19983582-1	PROGRAF de 0,5 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 50	JANSSEN S.A.	CILAG	\$ 118.223
110	46	19983583-1	PROGRAF de 1 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 50	JANSSEN S.A.	CILAG	\$ 236.446
111	46	19983583-2	PROGRAF de 1 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 100	JANSSEN S.A.	CILAG	\$ 472.891
112	46	19983585-1	PROGRAF de 5 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 50	JANSSEN S.A.	CILAG	\$ 1.182.228
113	46	19983585-2	PROGRAF de 5 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 100	JANSSEN S.A.	CILAG	\$ 2.364.455
114	46	20035350-1	PROGRAF XL de 3 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 30	JANSSEN S.A.	CILAG	\$ 425.602
115	46	20035350-2	PROGRAF XL de 3 mg; CAPSULAS DE LIBERACIÓN MODIFICADA; x 50	JANSSEN S.A.	CILAG	\$ 709.337
116	49	19909516-2	ZYVOXID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	PFIZER S.A.S.		\$ 2.514.783
117	49	19909516-3	ZYVOXID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	PFIZER S.A.S.		\$ 3.772.175
118	49	19909516-4	ZYVOXID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	PFIZER S.A.S.		\$ 2.514.783
119	49	20045677-1	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 628.696
120	49	20045677-10	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 100	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 12.573.916
121	49	20045677-11	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 200	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 25.147.833
122	49	20045677-12	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 300	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 37.721.749
123	49	20045677-2	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 10	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 1.257.392
124	49	20045677-3	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 2.514.783
125	49	20045677-4	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 50	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 6.286.958
126	49	20045677-5	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 100	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 12.573.916
127	49	20045677-6	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 5	VESALIUS PHARMA S.A.S.		\$ 628.696



128	49	20045677-7	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 10	VESALIUS PHARMA S.A.S.	\$ 1.257.392
129	49	20045677-8	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 20	VESALIUS PHARMA S.A.S.	\$ 2.514.783
130	49	20045677-9	LINEZOLID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 50	VESALIUS PHARMA S.A.S.	\$ 6.286.958
131	50	19996372-1	VALIXA de 12 g; POLVO PARA RECONSTITUIR A SOLUCIÓN - SUSPENSION ORAL; x 1	F. HOFFMANN - LA ROCHE LTD.	\$ 614.346
132	53	19988218-10	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 40	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 2.649.901
133	53	19988218-11	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 28	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 1.854.931
134	53	19988218-12	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 112	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 7.419.723
135	53	19988218-2	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 28	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 1.854.931
136	53	19988218-3	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 28	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 1.854.931
137	53	19988218-5	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 112	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 7.419.723
138	53	19988218-6	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 112	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 7.419.723
139	53	19988218-7	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 120	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 7.949.704
140	53	19988218-9	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 40	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 2.649.901
141	53	20025951-1	TASIGNA de 150 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 28	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 1.391.198
142	53	20025951-2	TASIGNA de 150 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 1.490.569
143	53	20025951-3	TASIGNA de 150 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 112	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 5.564.792
144	53	20025951-4	TASIGNA de 150 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 28	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 1.391.198
145	53	20025951-5	TASIGNA de 150 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 1.490.569
146	53	20025951-	TASIGNA de 150 mg; TABLETA /	NOVARTIS PHARMA	\$ 5.564.792



		6	CÁPSULA; x 112	A.G.	
147	53	20025951-7	TASIGNA de 150 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 120	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 5.962.278
148	53	20025951-8	TASIGNA de 150 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 120	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 5.962.278
149	55	19943740-1	PROGRAF de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 50	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 919.078
150	55	19943740-2	PROGRAF de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 100	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 1.838.157
151	55	19943741-1	PROGRAF de 1 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 50	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 183.816
152	55	19943741-2	PROGRAF de 1 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 100	JANSSEN CILAG S.A.	\$ 367.631
153	55	20024899-1	TACROLIMUS de 1 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 25	SANDOZ S.A.	\$ 91.908
154	55	20024899-2	TACROLIMUS de 1 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 50	SANDOZ S.A.	\$ 183.816
155	55	20024899-3	TACROLIMUS de 1 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 100	SANDOZ S.A.	\$ 367.631
156	55	20024899-4	TACROLIMUS de 1 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 200	SANDOZ S.A.	\$ 735.263
157	55	20024901-1	TACROLIMUS de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 25	SANDOZ S.A.	\$ 459.539
158	55	20024901-2	TACROLIMUS de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 50	SANDOZ S.A.	\$ 919.078
159	55	20024901-3	TACROLIMUS de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 100	SANDOZ S.A.	\$ 1.838.157
160	55	20024901-4	TACROLIMUS de 5 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 200	SANDOZ S.A.	\$ 3.676.313
161	60	19900426-3	REBIF de 44 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 12	MERCK S.A.	\$ 2.476.910
162	60	20013593-1	REBIF de 132 mcg en 1,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	MERCK S.A.	\$ 2.476.910
163	61	20041743-1	ORENCIA de 125 mg en 1 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 1.862.846



164	61	20041743-2	ORENCIA de 125 mg en 1 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 1.862.846
165	62	19901547-1	ENBREL de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LABORATORIOS WYETH INC.	\$ 1.122.350
166	62	19901547-2	ENBREL de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LABORATORIOS WYETH INC.	\$ 1.122.350
167	62	19901547-3	ENBREL de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LABORATORIOS WYETH INC.	\$ 1.122.350
168	62	19965007-1	ENBREL de 50 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 2	LABORATORIOS WYETH INC.	\$ 1.122.350
169	62	19965007-2	ENBREL de 50 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LABORATORIOS WYETH INC.	\$ 2.244.700
170	62	19968208-1	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 280.587
171	62	19968208-2	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 1.122.350
172	62	19968208-3	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 1.122.350
173	62	19968208-5	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 1.122.350
174	62	19968208-6	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 1.122.350
175	62	19968208-7	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 1.122.350
176	62	19968208-8	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 1.122.350



177	62	19968208-9	ETANAR de 25 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 280.587
178	62	19978839-10	ENBREL de 25 mg; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 8	PFIZER S.A.S.	\$ 2.244.700
179	62	19978839-11	ENBREL de 25 mg; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 12	PFIZER S.A.S.	\$ 3.367.050
180	62	19978839-12	ENBREL de 25 mg; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 24	PFIZER S.A.S.	\$ 6.734.100
181	62	19978839-4	ENBREL de 25 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 2	PFIZER S.A.S.	\$ 561.175
182	62	19978839-7	ENBREL de 25 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	PFIZER S.A.S.	\$ 1.122.350
183	62	19978841-13	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	PFIZER S.A.S.	\$ 2.244.700
184	62	19978841-15	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 8	PFIZER S.A.S.	\$ 4.489.400
185	62	19978841-16	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 12	PFIZER S.A.S.	\$ 6.734.100
186	62	19978841-17	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 24	PFIZER S.A.S.	\$ 13.468.199
187	66	19976227-1	ORENCIA de 250 mg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 774.431
188	67	19977936-1	AVONEX de 30 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	STENDHAL COLOMBIA S.A.S.	\$ 467.746
189	67	19977936-3	AVONEX de 30 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	STENDHAL COLOMBIA S.A.S.	\$ 1.870.983



Artículo 2. *Vigencia de precios máximos de venta anteriores.* Los medicamentos sometidos a control directo por anteriores circulares de la Comisión y cuyo precio no haya sido revisado ni fijado en aplicación de la metodología de la Circular 03 de 2013, continuarán en control directo, de acuerdo con las disposiciones de esas circulares.

Los medicamentos que no hacen parte del plan de beneficios, sometidos a control directo por anteriores circulares de la Comisión, cuyo precio sí haya sido revisado, pero no fijado en desarrollo de la metodología de la Circular 03 de 2013, continuarán estando regidos por dichas circulares para propósitos de reconocimiento y pago por parte del Fosyga.

En aplicación de la metodología de la Circular 03 de 2013, los siguientes medicamentos, que estaban en control directo de precios en virtud de anteriores circulares de la Comisión, quedarán excluidos del régimen de control directo de precios, excepto para propósitos de reconocimiento y pago por parte del FOSYGA, a partir de la entrada en vigencia de esta circular, sin perjuicio del monitoreo constante que de ellos efectúe la Comisión:

#	ID MR	CUM	Medicamento	Titular	Valor para pagos Fosyga ²
1	2	20013754-1	CEREZYME de 400 U; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	GENZYME CORPORATION	\$ 2.767.628,00
2	12	19988423-1	ISENTRESS de 400 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 60	MERCK SHARP & DOHME CORPORATION	\$ 1.129.200,00
3	21	19980917-1	SPRYCEL de 70 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 60	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 10.786.734,00
4	21	19980918-1	SPRYCEL de 50 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 60	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 7.704.810,00
5	21	19980919-1	SPRYCEL de 20 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 60	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 3.081.924,00
6	21	20002502-1	SPRYCEL de 100 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 7.704.810,00
7	21	20028776-1	SPRYCEL de 80 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	BRISTOL MYERS SQUIBB DE	\$ 6.163.848,00



				COLOMBIA S.A.	
8	21	20034231-1	SPRYCEL de 140 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 30	BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.	\$ 10.786.734,00
9	25	202595-1	BETAFERON de 250 mcg; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	BAYER PHARMA AG.	\$3.482.898,4 Tratamiento/Mes
10	49	19909516-1	ZYVOXID de 600 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 10	PFIZER S.A.S.	\$ 1.320.660,00
11	53	19988218-8	TASIGNA de 200 mg; TABLETA / CÁPSULA; x 120	NOVARTIS PHARMA A.G.	\$ 8.393.760,00
12	60	19900028-1	REBIF de 22 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 3	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
13	60	19900028-2	REBIF de 22 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
14	60	19900028-3	REBIF de 22 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 12	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
15	60	19900028-4	REBIF de 22 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 16	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
16	60	19900426-1	REBIF de 44 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 1	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
17	60	19900426-2	REBIF de 44 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 3	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
18	60	19900426-4	REBIF de 44 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 16	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
19	60	20013594-1	REBIF de 22 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
20	60	224764-3	REBIF de 11 mcg; POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 1	MERCK S.A.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes
21	62	19968208-	ETANAR de 25 mg; POLVO	LAFRANCOL S.A.S.	\$ 1.284.115,00



		4	LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCION INYECTABLE; x 4		
22	62	19978839-5	ENBREL de 25 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	PFIZER S.A.S.	\$ 1.284.115,00
23	62	19978839-6	ENBREL de 25 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 12	PFIZER S.A.S.	\$ 3.852.345,00
24	62	19978841-1	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 2	PFIZER S.A.S.	\$ 1.284.115,00
25	62	19978841-2	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	PFIZER S.A.S.	\$ 2.568.230,00
26	62	19978841-3	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 12	PFIZER S.A.S.	\$ 7.704.690,00
27	62	19978841-7	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	PFIZER S.A.S.	\$ 2.568.230,00
28	62	19978841-8	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	PFIZER S.A.S.	\$ 2.568.230,00
29	62	19978841-9	ENBREL de 50 mg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	PFIZER S.A.S.	\$ 2.568.230,00
30	67	19977936-2	AVONEX de 30 mcg en 0,5 ml; SOLUCION/SUSPENSIÓN INYECTABLE; x 4	STENDHAL COLOMBIA S.A.S.	\$2.976.920,37 Tratamiento/Mes

Artículo 3. *Presentaciones comerciales no reguladas.* La Comisión monitoreará con especial cuidado las presentaciones comerciales no reguladas de medicamentos que sí fueron objeto de control directo en la presente circular y adoptará, en el marco de sus competencias, las medidas que sean del caso, con el fin de controlar prácticas que reduzcan los efectos de la regulación tales como aumentos en las frecuencias de uso de esas presentaciones no reguladas o adaptaciones en los registros sanitarios asociados a los medicamentos regulados.2

Artículo 4. *No incremento del precio regulado por intermediación.* El precio regulado es el precio máximo posible para realizar transacciones en la cadena, excepto en lo relativo a las consideraciones para el canal comercial establecidas en el artículo 20 de la circular 03 de 2013. Por lo tanto, ningún actor de la cadena del canal institucional, ni ninguna venta al por mayor en el canal



comercial, podrán sobrepasar el precio regulado en sus transacciones. El cálculo del precio en el punto mayorista contempla los factores de ajuste asociados, por lo cual no corresponde incrementarlo en ningún porcentaje.

Artículo 5. *Regímenes Especiales*. De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Circular 03 de 2013, la presente Circular aplica también para los regímenes especiales. Por esta razón, los actores de dichos regímenes estarán sujetos a la obligación de reporte de transacciones a SISMED, de acuerdo con la normativa vigente.

Artículo 6. *Sanciones por incumplimiento al régimen de control de precios*. En virtud de lo dispuesto por el artículo 132 de la Ley 1438 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionará las infracciones al régimen de control de precios de medicamentos que se incluyan en control directo en la presente circular o que continúen en control directo en virtud de anteriores circulares.

Artículo 7. *Vigencia*. La presente circular rige quince (15) días hábiles después de su publicación en el **Diario Oficial**.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá D.C., a 23 de agosto de 2013.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 184 de 204

6. CONCEPTOS JURIDICOS

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



6.1 Concepto

Bogotá D.C.

URGENTE

Señor

RAUL ALEJANDRO MEJIA LASSO

raulmela@hotmail.com

Calle 12 No. 23 A 41

Cali - Valle del Cauca

ASUNTO: Autoridad competente para ejercer control sobre los Tribunales de Ética Médica.

Respetado señor Mejía:

Hemos recibido su comunicación en la que consulta cuál es la autoridad competente para ejercer control sobre los Tribunales de Ética Médica. Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

Los artículos 63, 64 y 67 de la Ley 23 de 1981²⁶⁵, establecen:

“ARTICULO 63. Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la Capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia”.

ARTÍCULO 64. – El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, de los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representantes de las facultades de medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.

(...)

ARTICULO 67. En cada Departamento, Intendencia o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional Ético-profesional.”

A su vez, el artículo 92 de la Ley 23 de 1981, indica que el Gobierno Nacional incluirá en el proyecto de presupuesto de gastos correspondiente a cada vigencia, las partidas indispensables para sufragar los gastos que demande el cumplimiento de sus disposiciones.

De otra parte, dentro de las competencias de los Departamentos en Salud, respecto de la financiación de los Tribunales Seccionales de Ética Médica, es preciso indicar que el numeral 43.1.8 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001²⁶⁶, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011²⁶⁷, prevé:

²⁶⁵ “Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica”.



“ ... Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos”.

Para efectos de su consulta, debemos traer en cita lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en algunos apartes del Concepto con radicación No. 248 del 1 de diciembre de 1998, señaló:

“ (...)

9. En este orden de ideas, debe entenderse que los Tribunales de Ética Médica son entidades de orden legal, pero que no están incorporadas a la administración pública, toda vez que el legislador se refirió a una participación del Estado en su funcionamiento y en su integración, de ninguna manera hizo mención a que estos organismos, fueran dependencias del Ministerio de Salud, ni tampoco que tuvieran el carácter de establecimientos públicos del orden nacional, departamental, intendencial, o comisarial. El origen legal de los citados Tribunales tuvo como finalidad que éstos no quedarán bajo el control y discrecionalidad de los particulares, circunstancia que haría posible, que se perdiera la esencia del control y del juzgamiento en relación con el cumplimiento de las normas de ética-médica.

Por lo mismo, con la Ley 23 de 1981 no organizó los Tribunales de Ética Médica como establecimientos públicos ni dependencias del Ministerio de Salud, no cabe que son entidades de carácter especial con participación y vigilancia del Estado, a través del Ministerio de Salud, que cumplen una función pública. En el aspecto económico tiene auxilio del Estado, toda vez que, el Gobierno nacional debe incluir partidas en el presupuesto de cada vigencia para darle cumplimiento a lo ordenado en la mencionada ley. El Ministerio de Salud podrá solicitar a los Tribunales de Ética Médica una relación de sus necesidades económicas para tener una base de la cuantía de las partidas que deben incluir en su proyecto de presupuesto. En la debida oportunidad se efectuarán los correspondientes giros a cada uno de los Tribunales de Ética Médica que los deberán invertir de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud.

(...)

Primera. La naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica, a pesar de que, su creación es legal, es de carácter especial y cumplen una función pública, con la permanente participación del Estado en cuanto hace relación al presupuesto, la designación de miembros y la revisión de algunas decisiones disciplinarias.

(...)

Séptima. En relación con el aspecto presupuestal, los Tribunales de Ética Médica deben sujetarse a lo dispuesto por el Ministerio de Salud, que es la entidad encargada de

²⁶⁶ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

²⁶⁷ Por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18. y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001



*efectuar los aportes correspondientes para cubrir los gastos que se presenten por el funcionamiento de dichos Tribunales. Respecto de los auxilios de las entidades territoriales, estas deben, de igual manera, determinar la forma de efectuar los gastos. Además, la Contraloría General de la República y las Contralorías, de las entidades territoriales que hayan concedido auxilios, ejercerán el control fiscal de los mencionados Tribunales (art. 2º de la Ley 20 de 1975).
(...)”*

Ahora bien, atendiendo lo requerido en su consulta debe aclararse que el artículo 92 de la Ley 23 de 1981 y el numeral 43.1.8 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001²⁶⁸, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011, disponen que los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica se financian con recursos públicos, razón por la cual el control fiscal sobre la ejecución de los mismos será ejercido por la Contraloría General de la República y las Contralorías de las entidades territoriales, tal y como para el efecto lo señaló el Consejo de Estado en el concepto cuyos apartes se han transcrito anteriormente.

De otra parte, en materia de control disciplinario debe indicarse que el Consejo de Estado en el concepto ya referenciado, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 73²⁶⁹ de la Ley 23 de 1981, señaló que los Tribunales de Ética Médica cumplen una función pública, por ende consideramos que le correspondería a la Procuraduría General de la Nación asumir las investigaciones disciplinarias sobre los integrantes de los Tribunales de Ética Médica, conforme lo previsto en los artículos 25²⁷⁰ y 53²⁷¹ de la Ley 734 de 2002 “*Por el cual se expide el Código Disciplinario Único*”.

Frente a los procesos disciplinarios ético-profesionales que adelanta el Tribunal Nacional de Ética Médica, el control que ejerce este Ministerio sobre los mismos, se manifiesta en la posibilidad legal que tiene esta entidad de conocer del recurso de apelación que el interesado interponga contra la sanción de suspensión, prevista en el literal c²⁷² del artículo 83 de la Ley 23 de 1981.

²⁶⁸ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

²⁶⁹ Artículo 73. Los Tribunales Etico-Profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes, por el solo hecho de serlo, no adquieren el carácter de funcionarios públicos.

²⁷⁰ Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.
(...)

²⁷¹ Artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

²⁷² “(…)

c. Suspensión en el ejercicio de la Medicina, hasta por cinco años”.



Por último, es importante señalar que ni el Decreto Ley 4107 de 2011 “*Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social,*” ni el Decreto 1018 de 2007²⁷³, han asignado funciones a este Ministerio y a la Superintendencia Nacional de Salud para ejercer **inspección, vigilancia y control** sobre los Tribunales de Ética Médica, así como tampoco la tienen previstas las Secretarías de Salud, en la medida en que tampoco existen normas que le hayan atribuido tal competencia.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁷³ “*Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*”.



6.2 Concepto

Bogotá D.C.

URGENTE

Doctora

MARIA CLAUDIA ZERDA AGUIRRE

Subdirectora de Gestión y Talento Humano

Ministerio del Trabajo

Carrera 14 No. 99-33 Piso 6

Bogotá D.C.

ASUNTO: **Pago de licencia de maternidad sobre último salario.**

Respetada doctora Maria Claudia:

Proveniente del Departamento Administrativo de la Función Pública, hemos recibido su comunicación mediante la que consulta si es procedente que ese Ministerio cancele a una de sus servidoras públicas, la diferencia entre lo pagado por éste a título de licencia de maternidad y lo que le fue reconocido por la Entidad Promotora de Salud.

Al respecto, me permito señalar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud ha dispuesto con total claridad el valor y la base sobre la que deberán reconocerse las prestaciones económicas a sus afiliados cotizantes, sin que sea dable al empleador modificar tales conceptos.

Así las cosas, es pertinente recordar que en dicho Sistema los aportes se realizan mes anticipado con base en el salario devengado en el mes inmediatamente anterior, por tanto, según la situación descrita en su comunicación, en el mes de julio la cotización se realizó sobre la suma de \$3.108.000.00, como último salario devengado por la trabajadora, en el marco de lo cual, corresponde reconocerle y pagarle la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, sobre tal suma, conforme con el artículo 1 del Decreto 2236 de 1999²⁷⁴, que prevé:

“Artículo 1º. Adiciónase el literal b) del artículo 9º del Decreto 1406 de 1999, con el siguiente inciso:

"En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de

²⁷⁴ “Por el cual se realiza una adición aclaratoria del artículo 9º del Decreto 1406 de fecha julio 28 de 1999”.



éstos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso".

Finalmente, no es posible para esta Dirección determinar cuál es el procedimiento que debe realizar el Ministerio del Trabajo como empleador ni entrar a dirimir la controversia que se tenga con la trabajadora, por lo que en ejercicio de nuestras competencias asignadas, nos limitamos a exponer el criterio jurídico sobre el tema planteado.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



6.3 Concepto

Bogotá D.C.,

URGENTE

Doctor
JUAN CAMILO RUEDA ARGUELLO
Representante Legal Suplente
PUBLIMETRO COLOMBIA S.A.S.
Calle 75 5 – 88. Piso 7º y 8º
Bogotá D.C.

Asunto: Reconocimiento de incapacidades cuando la atención en salud es brindada por fuera de la red de prestadores de la Entidad Promotora de Salud – EPS.

Respetado doctor Rueda:

Procedente de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, hemos recibido su comunicación por medio de la cual plantea varios interrogantes relacionados en primer lugar, con determinar a quien corresponde el reconocimiento de una incapacidad cuando ésta es otorgada por una institución ajena a la red de prestadores de servicios de salud de la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador y, en segundo lugar, a si el Centro Proyecto de Vida S.A.S, se encuentra autorizado para prestar servicios médicos especializados y si dicha institución está facultada para emitir certificaciones de incapacidad. Al respecto y previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

El artículo 206²⁷⁵ de la Ley 100 de 1993²⁷⁶, establece que para los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-, es decir los cotizantes, el sistema a través de las EPS les reconocerá la incapacidad por enfermedad general.

Ahora bien, de conformidad con la normativa anterior, debe señalarse que la regla general en el –SGSSS-, es que la incapacidad sea reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma. En este caso, si la incapacidad es concedida por un profesional de la salud ajeno a la Entidad Promotora de Salud, ésta deberá ser transcrita.

Hecha la aclaración anterior, debe indicarse que no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, no obstante, siempre por ésta se ha entendido como aquel trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado

²⁷⁵ Artículo 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

²⁷⁶ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.



expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para hacerlo.

Lo anterior quiere decir, que este Ministerio no puede determinar si una EPS se encuentra obligada o no a reconocer la prestación económica derivada de una incapacidad cuando el afiliado es atendido por fuera de su red de servicios, toda vez que la Entidad Promotora es autónoma en establecer si la transcribe o no y las condiciones en que lo hará, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en que la incapacidad sea expedida por el profesional médico u odontólogo.

En este evento, si la EPS decide transcribir la incapacidad emitida por una institución ajena a su red de prestadores de servicios, esta deberá reconocer la prestación económica derivada de la misma, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el numeral 2²⁷⁷ del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999²⁷⁸ y el numeral 1²⁷⁹, artículo 3 del Decreto 047 de 2000²⁸⁰, modificado por el artículo 9 del Decreto 783 del mismo año.

Frente a la inquietud relacionada a si el Centro Proyecto de Vida S.A.S, es una entidad autorizada para prestar servicios de medicina especializada, debe indicarse que una vez consultado el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud –REPSS- el Centro CAD PROYECTO DE VIDA S.A.S. identificado con Nit.900.372.780-7 sólo se encuentra habilitado para prestar servicios de medicina general (distintivo 37115) y Psicología (distintivo 371154), así mismo, se encuentra habilitado como centro de atención en drogadicción ambulatorio (distintivo 324980) y centro de atención en drogadicción residencial (sin número de distintivo).

Así las cosas y con base en la información señalada en el párrafo anterior, se tiene entonces que el Centro CAD PROYECTO DE VIDA S.A.S., no se encuentra habilitado para prestar servicios de medicina especializada. En este caso, si usted requiere mayor información al respecto, le sugerimos comunicarse con la Secretaría Distrital de Salud, entidad que con fundamento en el numeral 43.2.6

²⁷⁷ Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...)

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias (...).

²⁷⁸ Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

²⁷⁹ Artículo 3. Períodos mínimos de cotización: Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

1.. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

²⁸⁰ Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones



del artículo 43²⁸¹ y el artículo 45²⁸² de la Ley 715 de 2001²⁸³ le corresponde efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud.

Por último y en lo que se refiere al tema de las incapacidades emitidas por el centro CAD PROYECTO DE VIDA S.A.S., se tendría que esta institución a través de sus profesionales médicos estaría facultada para emitir incapacidades en servicios médicos generales, las cuales, como ya se expuso en líneas anteriores, requerirá del trámite de transcripción en la medida que dicha institución no forme parte de la red de prestadores de servicios de salud de la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁸¹ Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.6. Efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control correspondiente. (...).

²⁸² Artículo 45. Competencias en salud por parte de los Distritos. Modificado por el art. 25, Ley 1176 de 2007. Los distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación. La prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articulará a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos. En los mencionados distritos, el laboratorio departamental de salud pública cumplirá igualmente con las funciones de laboratorio distrital. Ver el Decreto Nacional 4973 de 2009 y municipios que no hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán hacerlo si cumplen con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno, y tendrán el plazo definido por este.

²⁸³ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.



6.4 Concepto

Bogotá D.C.,

URGENTE

Señor

JOHN FREDY NIÑO ZABALA

Intendente de la Policía Nacional

Carrera 73 N 163-64 Interior 3 Apto 203

Bogotá D.C.

Asunto: Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de un miembro activo de la Policía Nacional.

Respetado Señor Niño:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual solicita que se le informe si como miembro activo de la Policía Nacional, se encuentra exceptuado de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud regulado por la Ley 100 de 1993. Al respecto y previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

En primer lugar, es preciso indicar que conforme lo dispuesto en el literal a) del artículo 23 del Decreto Ley 1795 de 2000²⁸⁴, se consideran como afiliados sometidos al régimen de cotización en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, entre otras, a las siguientes personas:

“ARTICULO 23. AFILIADOS. Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP:

a) Los afiliados sometidos al régimen de cotización:

1. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo.

(...)”

Frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, regulado por la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones modificatorias y reglamentarias, debe señalarse que el artículo 26 del Decreto 806 de 1998²⁸⁵, dispone cuáles son las personas consideradas como afiliadas obligatorias del Régimen Contributivo, así:

²⁸⁴ Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional

²⁸⁵ Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.



“Artículo 26. Afiliados al Régimen Contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país;

b) Los servidores públicos;

c) Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios;

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;

e) Los cónyuges o compañeros(as) permanentes de las personas no incluidas en el Régimen de Seguridad Social en Salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que reúnen alguna de las características anteriores. La calidad de beneficiado del cónyuge afiliado a sistemas especiales, no lo exime de su deber de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

(...)”

De otra parte, es preciso indicar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001²⁸⁶, indican que el Sistema General de Seguridad Social en Salud contenido en dichas normas, no se aplica entre otros a **los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional**, a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas, ni a los servidores públicos o pensionados de Ecopetrol, ni a los afiliados al sistema de salud adoptado por las universidades.

²⁸⁶ “Por la cual se modifica el inciso 3º del artículo 157 de la Ley 30 de 1992”



A su vez, el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002²⁸⁷, dispone que “para efectos de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, **no podrán utilizar simultáneamente los servicios del régimen de excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios**” (Resaltado fuera de texto).

De este modo, en la norma en cuestión se agrega que “cuando una persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción **tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud**, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud y de la Protección Social. Los servicios asistenciales serán prestados exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del SGSSS, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes...” (Resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas y expuesta la anterior normativa, se tiene que si usted no acredita las condiciones previstas en el numeral 1 del artículo 26 del Decreto 806 de 1998, es decir, ser un trabajador dependiente, independiente o pensionado, no sería considerado como un afiliado obligatorio del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por ende, no le correspondería cotizar al régimen en comento.

Lo anterior, sin perjuicio de que por su carácter de miembro activo de la Policía Nacional, debe estar afiliado y cotizar al Sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, conforme lo establecido en el artículo 23 del Decreto Ley 1795 de 2000.

La presente consulta, se atiende en los precisos términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

²⁸⁷ "Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud".



6.5 Concepto

Bogotá D.C.

URGENTE

Señor
RODOLFO CÁCERES
yecapra@hotmail.com
Medellín – Antioquia

Asunto: **Prohibición de cobro de multas por inasistencia a citas médicas programadas.**

Respetado señor Cáceres:

Hemos recibido su comunicación mediante la cual solicita una aclaración respecto de lo establecido en el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011, toda vez que dicha norma no hace ninguna diferenciación de la citada medica, asimismo, requiere conocer en que citas se puede presentar el cobro de multa. Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

El artículo 55 de la Ley 1438 de 2011, prevé:

“ARTÍCULO 55°. MULTAS POR INASISTENCIA EN LAS CITAS MÉDICAS. Entrada en vigencia esta ley queda prohibido el cobro de cualquier tipo de multas a los cotizantes y beneficiarios de los regímenes contributivo y subsidiado, así como la población vinculada, en lo establecido para citas médicas programadas, para lo cual el Ministerio de la Protección Social diseñará un mecanismo idóneo para su respectivo cumplimiento, esto es ser sancionado pedagógicamente, mediante método de recursos capacitación que deberán ser diseñados por las Entidades Promotoras de Salud para tal fin.” (Subrayado fuera de texto)

Con el fin de aclarar el alcance de la frase “citas médicas programadas” el hoy derogado Acuerdo 008 de 2009 expedido por la Comisión de Regulación en Salud - CRES definió éstas señalando:

*“9. **Consulta Médica y Odontológica:** Es la valoración del usuario realizada por un médico y odontólogo en ejercicio de su profesión, según las disposiciones de práctica clínica vigentes en el país, que corresponde a anamnesis, toma de signos vitales, examen físico, definición de impresión diagnóstica y plan de tratamiento, en cualquier fase de la atención, esto es, promoción, prevención, curación y/o rehabilitación. La consulta puede ser programada o de urgencias, según la temporalidad; general o especializada, según la complejidad”.*

Con la promulgación del Acuerdo 029 de 2011 mediante el cual se aprueba el nuevo POS, se redefinen estos conceptos en los siguientes términos:

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



“11. Consulta médica: valoración y orientación brindada por un médico en ejercicio de su profesión a los problemas relacionados con la salud. La valoración comprende anamnesis, toma de signos vitales, examen físico, definición de impresión diagnóstica y plan de tratamiento en cualquier fase de la atención: promoción, prevención, curación, rehabilitación y/o paliación. La consulta puede ser programada o de urgencia y general o especializada.

12. Consulta odontológica: valoración y orientación brindada por un odontólogo a los problemas relacionados con la salud oral. La valoración comprende anamnesis, examen clínico, definición de impresión diagnóstica, plan de tratamiento y tratamiento en cualquier fase de la atención, promoción, prevención, curación y/o rehabilitación. La consulta puede ser programada o de urgencia, general o especializada”.

Sin embargo, continúa vigente la interpretación que sobre el particular hiciera la CRES con la Circular Externa 03 de 2011 en la que específicamente aclara el alcance del Artículo 55 de la Ley 1438 de 2011 disponiendo:

“La Comisión de Regulación en Salud informa que para la interpretación, aplicación y utilización del término “consulta médica y odontológica” dado en el numeral 9 del artículo 8° del Acuerdo 08 de 2009, deberá distinguirse entre aquella estrictamente médica y la odontológica.

Por lo anterior, las disposiciones contempladas en otras normas respecto a las consultas o citas médicas deberán entenderse que se predicen solamente sobre ese tipo de consulta más no puede comprenderse que bajo la misma referencia quedan abarcadas otras consultas, diferentes a ésta.

*Es así como las consultas a la que se refiere el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011, de acuerdo con la definición dada en el artículo 9 del Acuerdo 08 de 2009, son aquellas de carácter médico que han sido programadas con anterioridad, sin importar su nivel de complejidad. Lo anterior considerando que el legislador señaló expresamente que la disposición opera sobre las citas médicas y no sobre el otro tipo de consultas. **De esta manera quedan cobijadas por la norma todas las consultas médicas que hayan sido programadas, sean de carácter general o especializado”.** (Negrilla fuera de texto)*

De conformidad con lo señalado en la Circular Externa 003 de 2011 y en concordancia a lo estipulado en el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011, la prohibición de cobrar multas solo aplica para la inasistencia a cita médica programada, sean estas de carácter general, especializado o de medicina alternativa, más no para citas odontológicas u otros servicios de salud requeridos.

Lo expresado en líneas anteriores se absuelve en los precisos términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual, las consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.



6.6 Concepto

Bogotá D.C.

Señora
CLARA INES ROMERO OLAYA
claro59.romero@gmail.com

Asunto: Pago por incapacidad.

Respetada señora Clara Ines:

En atención a su comunicación mediante la que solicita disponer lo pertinente en aras de evitar la afectación del salario de los trabajadores para el evento en que se encuentren incapacitados por cáncer u otras enfermedades penosas, nos permitimos señalar lo siguiente:

El artículo 3 de la Ley 776 de 2002²⁸⁸, prevé:

“ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente al que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario. (...)”

Así las cosas, tenemos que el **subsidio** recibido por enfermedad laboral o accidente de trabajo es del 100% del salario base de cotización, de lo que no se percibe afectación alguna a nivel salarial para el trabajador.

En cuanto a la enfermedad general y para el caso de servidores públicos que es frente a los que se asume, refiere su comunicación, debe señalarse que la norma que fundamenta el auxilio monetario por tal concepto es el Decreto 1848 de 1969, en cuyo artículo 9º se dispone que dichos servidores, así como los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) *Económica: que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta días (180), que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes (2/3) de dicho salario, durante los primeros noventa (90)*

²⁸⁸ Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales



días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y

b) Asistencial, que consiste en las prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario.

Al punto, resulta pertinente anotar que el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, señala que estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general, tanto en el sector público, como en el privado y que en ningún caso, estas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el Régimen Contributivo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a la que se encuentre afiliada la persona frente a la que se predica la incapacidad.

Como se observa, el porcentaje cancelado tratándose de enfermedad general no tiene la connotación de salario, el cual en todo caso, debe resaltarse, consulta tanto el mínimo vital del trabajador, como los principios sostenibilidad y eficiencia de los recursos con que cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que su pago debe hacerse al amparo de la normativa regente en la materia, ya citada.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



6.7 Concepto

Bogotá D.C.,

URGENTE

Doctora
JUDITH MORANTE GARCÍA
Directora Unidad de Recursos Humanos
División de Asuntos Laborales
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
cbricenm@deaj.ramajudicial.gov.co
Calle 72 No. 7 - 96 - Piso 5
Bogotá

ASUNTO: Consulta relacionada con el reconocimiento y pago de incapacidades por parte de las EPS.

Respetada doctora Judith:

Hemos recibido su comunicación por la cual plantea varios interrogantes relacionados con el reconocimiento y pago de incapacidades por parte de las EPS, cuando se presente mora en el reporte de la novedad de retiro de los servidores públicos de la rama judicial. Al respecto y previas las siguientes consideraciones de carácter legal, me permito señalar lo siguiente:

Frente al tema de incapacidades, debe indicarse que La Ley 100 de 1993 en su artículo 206, establece que el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), reconocerá las Incapacidades generadas en Enfermedad General, **de conformidad con las disposiciones legales vigentes,** regla reiterada en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998²⁸⁹.

²⁸⁹ Artículo 28. Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:

- a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;
- b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional;
- c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.



De otra parte, debe señalarse que el artículo 9 del Decreto 783 de 2000 que modifica el numeral 1 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, indica:

“ 1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión”. (El resaltado es nuestro).

Así mismo, el Decreto 1804 de 1999 " Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud y se dictan otras disposiciones", señala en el artículo 21 que los empleadores y trabajadores independientes y personas con capacidad de pago tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

“

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones al sistema durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado **en forma oportuna** por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. (el resaltado es nuestro)

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora”.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, serán de cargo del empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, **en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS**, o en caso de que **dicho empleador incurra en mora en el pago de los respectivos aportes en salud**.

Ahora bien, es importante señalar que en materia de salud, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, le ha impuesto al empleador, entre otras obligaciones, la siguiente:

“ARTICULO. 161.-Deberes de los empleadores. Como integrantes del sistema general de seguridad social en salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán:



(...)

3. *Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados, en materias tales como el nivel de ingresos y sus cambios, las vinculaciones y retiros de trabajadores. Así mismo, informar a los trabajadores sobre las garantías y las obligaciones que les asisten en el sistema general de seguridad social en salud.*

(...)"

A su vez, el parágrafo del citado artículo, prevé:

"PARAGRAFO.-Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del libro primero de esta ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente."

En materia de desafiliación, vale la pena indicar que de acuerdo con lo previsto al respecto en el artículo 2 del Decreto 2400 de 2002 que modifica el artículo 10 del Decreto 1703 del mismo año, el reporte de la novedad de retiro del trabajador dependiente, produce su desafiliación del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, trayendo como consecuencia directa el cese de la obligación de pagar los aportes en salud por parte del empleador.

En este orden de ideas, se tiene que en cumplimiento de lo previsto en el numeral 3 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, es una obligación para el empleador reportar oportunamente la novedad de retiro de su trabajador, con el fin de que cese para el primero la obligación de pagar los aportes respectivos. No obstante, si el empleador no reporta la novedad de retiro una vez ésta se produce, se mantendrá la obligación de pagar los aportes hasta tanto cumpla con la obligación en comento.

Hechas las anteriores precisiones normativas y frente a lo requerido en su consulta, debe indicarse que el numeral 1 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, es la disposición que prevé que para el reconocimiento de incapacidades, el empleador debe haber cancelado sus aportes de forma completa y oportuna respecto de todos los trabajadores, deduciéndose de la anterior previsión, que el no pago oportuno del aporte de un trabajador, afecta el reconocimiento de las incapacidades o licencias de los demás trabajadores afiliados a una misma EPS.

En cuanto a su solicitud consistente en que este Ministerio requiera " ... a la EPS Coomeva, para que proceda al reconocimiento económico a favor de la RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL NIT 800093816 de todas y cada una las incapacidades que ha dejado de tramitar con este argumento (sic)...", me permito indicarle que ello no es viable, toda vez que en el marco de lo previsto en el Decreto Ley 4107 de



2011²⁹⁰, modificado en algunos apartes por el Decreto 2562 de 2012, esta entidad tiene por finalidad principal la de formular la política en materia de salud y protección social, sin que tenga atribuida la función específica de dar ordenes particulares a las EPS, tal y como Usted lo solicita.

No obstante lo anterior, debe indicarse que en el marco de lo contemplado en el literal g) del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011²⁹¹, que adiciona los literales e), f) y g) al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007²⁹², la Superintendencia Nacional de Salud en desarrollo de su función jurisdiccional, puede estudiar y resolver la controversia que existe entre la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura y la EPS Coomeva, por la negativa de esta última entidad de reconocer el pago de incapacidades.

Por último y en marco de la normativa anteriormente citada, se considera importante que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, adopte los mecanismos administrativos internos que sean necesarios con el fin de que el reporte de las novedades laborales de sus servidores públicos, se efectúe de forma oportuna y una éstos se produzcan, en aras de evitar la presentación de inconvenientes como los aludidos en su comunicación.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁹⁰ Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

²⁹¹ *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*

²⁹² *por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*