



Bogotá, D.C., 10 JUL 2018

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12 (literal b) de la Ley 1797 de 2016 ([p]or la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones)

Demandante: Gabriel Ibarra Pardo

Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA

Expediente: D-12249

Concepto 12 - 5411

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242 (numeral 2) y 278 (numeral 5) de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por el ciudadano Gabriel Ibarra Pardo, quien en ejercicio de la acción pública prevista en el numeral 6 del artículo 40 Constitucional, y numeral 1 del artículo 242, *ibidem*, solicita como pretensión principal que se declare la inexecutable, y subsidiariamente la executable condicionada del literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, cuyo texto se transcribe a continuación:

“LEY 1797 DE 2016¹
(julio 13)

Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA

[...]

ARTÍCULO 12. PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD, (IPS), Y DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD (EPS). En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los

¹ Diario Oficial No. 49.933 de 13 de julio de 2016.



Concepto **Nº - 5411**

que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo:

a) Deudas laborales;

b) Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. En estas deudas se incluirán los servicios prestados o tecnologías prestadas por urgencias, así no medie contrato. En estos casos la liquidación debe desarrollar la auditoría y revisión de cuentas para su reconocimiento en lo pertinente.

c) Deudas de impuestos nacionales y municipales;

d) Deudas con garantía prendaria o hipotecaria, y

e) Deuda quirografaria.”

1. Planteamientos de la demanda

Para el demandante, la disposición acusada vulnera el artículo 13 de la Constitución Política (igualdad)², en la medida en que:

*“[O]torga un trato privilegiado a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (en adelante, IPS), a efectos de la graduación de créditos en los procesos de liquidación de Entidades Promotoras de Salud (en adelante, EPS), ubicándolas en el segundo orden de prelación, con lo que se genera, en consecuencia un trato discriminatorio respecto de todas las demás entidades que proveen a las EPS e IPS los bienes y servicios **de salud** necesarios para garantizar a los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud el acceso a las prestaciones consagradas en la ley; entidades que, al no ser IPS, injustificadamente quedan relegadas al último orden de prelación, correspondiente a las deudas quirografarias”.*

En desarrollo del cargo formulado, el demandante se refiere a los aspectos generales asociados al derecho de igualdad en el ordenamiento constitucional, al deber del Estado de promover condiciones de igualdad real y efectiva, a las distintas dimensiones del mismo derecho y a su carácter relacional. Así mismo, alude al test de igualdad como el mecanismo de objetividad y transparencia diseñado por la Corte Constitucional para la revisión de las posibles transgresiones del principio, el cual parte de definir

² La demanda, presentada el 12 de julio de 2017, fue inadmitida con Auto del 11 de agosto de la misma anualidad, por considerar que no cumplía con los requisitos de suficiencia y especificidad. El accionante corrigió la demanda dentro del término dispuesto por la Magistrada Sustanciadora, quien con auto del 05 de septiembre de 2017 la rechazó, luego de considerar que no se lograron subsanar los mencionados requisitos. Contra esta decisión se interpuso recurso de súplica el 13 de septiembre de 2017, el cual fue resuelto por la Sala Plena con Auto 513 del 03 de octubre de 2017, disponiendo revocar el auto del 05 de septiembre de 2017 y en su lugar admitir la demanda presentada. Con Auto del 26 de octubre de 2017 la Magistrada Sustanciadora dio cumplimiento a lo ordenado. Con Auto 595 del 01 de noviembre de 2017 la Sala Plena rechazó la recusación formulada, el 24 de octubre de 2017, contra la Magistrada Sustanciadora.



Concepto M - 6411

el criterio de comparación o *tertium comparationis* (según la finalidad que persigue el trato normativo objeto de análisis), para luego surtir las etapas que correspondan al nivel de intensidad aplicable (leve, intermedio o estricto).

Para el caso, resalta que el objeto de la Ley 1797 de 2016 es “fijar medidas de carácter financiero y operativo para avanzar en el proceso de saneamiento de deudas del sector y en el mejoramiento del flujo de recursos y la calidad de la prestación de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)” (artículo 1, subrayas fuera del original), por lo que entiende que el legislador quiso privilegiar las deudas originadas en las prestaciones de salud.

No obstante, considera que la norma acusada, al establecer el orden de prelación de créditos en los procesos de liquidación de las IPS y EPS, crea un privilegio injustificado para las IPS (cuyas deudas reconocidas se ubican en segundo orden de prelación) en detrimento de otras entidades de naturaleza jurídica diversa³ (cuyas deudas se relegan al último orden de prelación - deudas quirografarias), pese a que todas ellas “*suministran a las EPS e IPS bienes y tecnologías en salud para garantizar a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud el acceso a las prestaciones reconocidas por la ley*”. Así, el legislador introdujo una distinción injustificada y arbitraria que comporta un trato discriminatorio para entidades que se encuentran en la misma situación fáctica.

Plantea que el criterio de comparación aplicable al análisis propuesto es la naturaleza de la deuda, y no la naturaleza del acreedor “*como erradamente lo estableció el legislador*”, según los fines de la ley 1797 de 2016 y el engranaje institucional existente para la prestación efectiva de los servicios a los afiliados y beneficiarios del sistema de salud (definido por la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias y reglamentarias). Aclara:

“[S]i bien la Corte ha hecho énfasis en la responsabilidad directa que asumen las IPS en la prestación de los servicios a los pacientes, a diferencia de las otras empresas que proveen bienes y servicios, lo cierto es que el carácter directo o indirecto, mediato o inmediato con que se proveen los bienes o servicios a los afiliados no tiene ninguna relevancia a efectos de valorar el impacto financiero que ha tenido para los actores del sector salud el incumplimiento en el pago de las obligaciones a su favor, circunstancia que da origen a la medida de

³ Las cuales, señala, “*proveen a las EPS e IPS insumos médico quirúrgicos, medicamentos, nutracéuticos, tecnologías, dispositivos médicos, prótesis, órtesis, servicios de transporte especializado, oxígeno domiciliario y demás bienes y servicios en salud necesarios para garantizar 'la calidad de la prestación de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud'*”.



Concepto N° - 6411

reordenación en la prelación de créditos para procurar el saneamiento de las deudas en el sector”.

En efecto, el actor considera que el artículo 12 de la ley 1797 de 2016 se dirige principalmente al logro de los fines referidos al saneamiento de deudas del sector y la calidad de la prestación de servicios dentro del SGSSS.

De tal manera que, de una parte, la norma debía incluir a todos los actores relevantes (entidades que hacen parte del sector salud, que proveen bienes y servicios de salud a las EPS e IPS y cuyo saneamiento financiero es indispensable para el mejoramiento de las prestaciones en salud que ofrece el SGSSS) y no limitar la prelación a las IPS en función exclusiva de su naturaleza jurídica, *“toda vez que este no es un factor material relevante para el otorgamiento del beneficio”* sino una discriminación injustificada.

De otra parte, en referencia al funcionamiento del SGSSS menciona que según la ley 100 de 1993 el Plan Obligatorio de Salud (POS) que reciben los afiliados al sistema no se limita a las prestaciones médico asistenciales que ofrecen las IPS, por lo que los demás actores que proveen bienes y servicios a los afiliados de las EPS e IPS son esenciales para el funcionamiento del sistema y la garantía efectiva de la cobertura definida en la ley⁴, y que es función básica de las EPS *“garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”*, para lo cual cuentan con una red de prestadores de servicios, tecnologías, insumos y medicamentos que no se limita a las IPS⁵.

Indica que la ley 1797 de 2016 *“no se concibió como un paquete de auxilios”* para las IPS, sino como *“un grupo de medidas a favor del ‘sector’ y ‘del sistema general de seguridad social en salud’, al cual pertenecen tanto las IPS como las otras empresas que proveen bienes y servicios que, en materia financiera y en relación con la crisis de endeudamiento y de flujo de recursos del sistema, resultan perfectamente comparables y asimilables con el fin de desatar el test de igualdad propuesto”*.

Bajo estos presupuestos, para el actor, la aproximación de los sujetos se debe concentrar en su condición de prestadores -directos o indirectos- de bienes y servicios médicos, su común pertenencia al sector salud y a su igual exposición a los impactos negativos derivados del nivel de

⁴ Artículo 156, literal c), de la ley 100 de 1993. *“CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: (...) c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud; (...)”*.

⁵ Artículo 177 de la ley 100 de 1993. De las Entidades Promotoras de Salud. Definición.



Concepto - 5411

endeudamiento del sector y los problemas de flujo de recursos, considerando la necesidad de garantizar una prestación oportuna y eficiente a los afiliados.

Definido así el *tertium comparationis*, propone aplicar un test de igualdad leve, en consideración a que la materia objeto de regulación se relaciona con asuntos económicos, específicamente a la prelación de créditos en los procesos de liquidación de las EPS e IPS.

Para este fin, aclara que no es posible efectuar un análisis absoluto que se limite a considerar que, en atención al objeto de la ley 1797 de 2016, tanto el fin perseguido por el legislador como los medios utilizados para el mismo son razonables, pues en la perspectiva relacional que procede corresponde analizar si existen razones admisibles para que en el otorgamiento de ese trato especial a favor de las IPS se excluyan otras entidades públicas y privadas que igualmente proveen bienes y tecnologías a las EPS e IPS, participan en el sistema de salud, y cuyo saneamiento financiero incide directamente en la prestación oportuna y de calidad de los bienes y servicios incluidos en el POS a favor de la población afiliada.

En su examen, no observa razón que justifique el trato desigual sino la existencia de un trato discriminatorio que debe ser reparado por el tribunal constitucional, mediante la igualación de trato de todos los actores que proveen bienes y servicios a las EPS e IPS, incluidos en el POS, declarando la inexecutable de la norma (las deudas de todos los actores referidos quedarían en último orden de prelación), o su executable condicionada (quedando las mismas en el segundo orden).

Resalta que el trato diferenciado entre las IPS y las demás entidades que proveen bienes y servicios a las EPS e IPS para garantizar las prestaciones del SGSSS es contrario a los fines de la norma, en la medida en que el saneamiento de las deudas del sector y el mejoramiento en la calidad de la prestación solo se cumple imperfectamente al no incluir las otras prestaciones que afectan la liquidez y sostenibilidad financiera de las entidades e inciden clara y directamente en la prestación del servicio.

En sus términos, los objetivos de la norma “solo se cumplen imperfectamente” y “no existe una completa adecuación de la medida con los fines perseguidos”, permitiendo que deudas de la misma naturaleza, como las derivadas del servicio de atención de medicamentos y dispositivos médicos, obedezcan a distinto orden de prelación según su prestador.



Concepto No - 5417

Esta distinción tampoco responde a los principios de razonabilidad ni proporcionalidad, pues en los antecedentes legislativos no se encuentra razón significativa para limitar la prelación de crédito en los términos del literal b) del artículo 12 acusado. Infiere, así, que esto obedeció exclusivamente a la naturaleza jurídica del acreedor, *tertium comparationis* no aplicable debido a que *“al margen de la forma jurídica que revistan los actores del sistema de salud, lo relevante en este caso es la naturaleza de la deuda que, se insiste, tiene relación con acreencias derivadas de prestaciones insolutas en materia de servicios médicos, medicamentos, tecnologías, prótesis, órtesis y demás bienes y servicios necesarios para garantizar la cobertura definida por la ley a favor de la población afiliada”*.

Estima además que la medida no es necesaria, pues no responde a los fines perseguidos que en cambio se lograrían efectiva e integralmente con la extensión razonable de la prelación a las demás entidades públicas y privadas referidas; ni cumple con criterios de idoneidad y proporcionalidad, al existir alternativas o mecanismos para alcanzar el fin perseguido sin sacrificar el derecho de igualdad.

Finalmente, plantea que la posibilidad de emitir una sentencia integradora, declarando la constitucionalidad condicionada de la norma acusada, se sustenta en que se encuentran los elementos requeridos para ello. Esto es, una omisión relativa carente de razón suficiente y superable mediante la eliminación del trato discriminatorio e inclusión en el literal b) del artículo 12 de la ley 1797 de 2016 (segundo orden de prelación de créditos) de los sujetos que se encuentran en la misma situación de hecho que las IPS (entidades que suministran a las EPS e IPS bienes y servicios de salud para garantizar a los afiliados las prestaciones reconocidas en la Ley – específicamente la garantía del POS).

Aclara que si bien el legislador tiene la potestad de configuración normativa en la materia, no puede actuar de manera arbitraria e injusta, ni *“generar privilegios a favor de algunas personas, en función de su naturaleza jurídica, en desmedro de otras que gozan de igualdad de circunstancias fácticas relevantes”*.

2. Problema jurídico

Conforme a los planteamientos de la demanda, el problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional en este caso se puede formular así:



Concepto - 6411

- ¿Vulnera el derecho de igualdad (artículo 13 Superior), que el literal b) del artículo 12 la Ley 1797 de 2016 establezca que en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, en el segundo orden de prelación de créditos, se encuentren las deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, sin incluir otras entidades que suministran bienes y tecnologías en salud para el acceso de los afiliados a las prestaciones legales del SGSSS⁶?

3. Análisis constitucional

Para resolver el problema jurídico planteado, es pertinente considerar lo expuesto por la Corte Constitucional, en el sentido de entender que *“la prelación de créditos es un figura de carácter sustancial que corresponde a una valoración legislativa sobre la importancia de los créditos en atención bien sea a la persona del deudor, a la naturaleza del crédito o a las garantías que respaldan el cumplimiento de la obligación”*⁷.

En efecto, aunque se espera que los bienes que integran el patrimonio del deudor garanticen plenamente las obligaciones a su cargo, de manera que ante su incumplimiento puedan ser perseguidos por los acreedores, surgen eventos en que estos bienes no son suficientes para cubrir completos todos los créditos.

Al respecto, la Corporación afirmó⁸:

“Ante esta situación sería elemental sostener la igualdad jurídica de los acreedores y la regla de la proporcionalidad para la satisfacción de las distintas acreencias, acogida en primera instancia por el artículo 2492 del Código Civil cuando establece que en este caso los acreedores serán satisfechos ‘a prorrata’. Sin embargo, de antiguo fueron surgiendo argumentos a favor de las gradaciones y de privilegiar ciertos acreedores, los privilegia exigendi del derecho romano, hipótesis que también prevé nuestro ordenamiento civil que establece específicamente como excepción a la satisfacción proporcional de los acreedores que existan ‘causas especiales para preferir ciertos créditos’ (Art. 2492 del C. C.).

(...) Surge entonces la figura de la prelación de créditos, la cual ha sido definida por la jurisprudencia constitucional como ‘(...) el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente

⁶ En el desarrollo del concepto se entenderá: EPS como Entidades Promotoras de Salud, IPS como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y SGSSS como Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁷ Sentencia C-664 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Ibidem.



Concepto No. 6412

contempladas en la ley'. La ley es la que determina en que orden se han de satisfacer las acreencias o sea que los particulares no pueden modificar la pars conditio o el orden de prelación por pacto entre ellos'."

El sistema de preferencias previsto por el legislador explica la existencia de distintas clases de créditos, debiendo observar en todo caso las reglas de prevalencia constitucionalmente fijadas⁹. En estos términos, se debe señalar que la prelación de créditos hace parte del ejercicio constitucional del margen de configuración legislativa, para lo cual se efectúa una valoración sobre la importancia de los mismos que, sin desconocer la existencia de las deudas en favor de los acreedores, rompe la igualdad jurídica para la satisfacción de las distintas acreencias.

Para el actor, en este caso, el legislador estableció en el segundo orden de prelación de los procesos de liquidación de EPS e IPS, una regla de preferencia que discrimina a las entidades que proveen bienes y servicios de salud a las EPS e IPS (para garantizar a los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud el acceso a las prestaciones legales), y favorece sin razón alguna a las IPS, vulnerando el principio de igualdad.

Corresponde, en consecuencia, efectuar un juicio integrado de igualdad en los términos señalados por la Corte Constitucional, así¹⁰:

"6.5.2. El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. (...)

6.5.3. La regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se

⁹ Sentencia C-092 del 13 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Sobre la prevalencia de derechos del niño.

¹⁰ Sentencia C-104 del 02 de marzo de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



Concepto **6411**

limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último "adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero" (...)

6.5.5. Entre los extremos del test leve y del test estricto, se ha identificado el test intermedio, que se aplica por este Tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental, cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica o en aquellos casos en que la medida podría resultar "potencialmente discriminatoria" en relación con alguno de los sujetos comparados, lo que incluye el uso de las acciones afirmativas. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, "porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver", y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin. (...)"

El accionante inicia por sostener que el criterio de comparación del caso debe responder a la naturaleza de la deuda, teniendo en cuenta los fines de la ley 1797 de 2016 (específicamente el saneamiento de deudas del sector y la calidad de la prestación de servicios a los afiliados dentro del SGSSS) y el engranaje institucional para la prestación efectiva de los servicios a los afiliados y beneficiarios del sistema de salud.

Estima, por tanto, que lo relevante es observar si los sujetos tienen la condición de prestadores de bienes y servicios médicos del SGSSS, su común pertenencia al sector salud y su igual exposición a los impactos negativos derivados del nivel de endeudamiento del sector y los problemas de flujo de recursos. Discute la prelación adoptada por el legislador, limitada a considerar la naturaleza jurídica del acreedor (las IPS), pues además de no ser este un factor relevante para el otorgamiento del beneficio, desconoce la importancia del saneamiento financiero de los demás actores y que las prestaciones del POS involucran a toda una red de prestadores de servicios, tecnologías, insumos y medicamentos.

La Ley 1797 de 2016, en efecto, tiene por objeto "*fijar medidas de carácter financiero y operativo para avanzar en el proceso de saneamiento de deudas del sector y en el mejoramiento del flujo de recursos y la calidad de la prestación de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)*" (artículo 1). De otra parte, para considerar el contexto normativo en que se inserta la norma acusada, es pertinente hacer referencia a algunos de los aspectos analizados en el trámite del correspondiente proyecto de ley.



Concepto N. 6411

En tal sentido, en el Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 24 de 2014 Senado¹¹, se expuso:

“I. OBJETO

El presente informe de ponencia recoge las preocupaciones de las iniciativas acumuladas frente a la necesidad de continuar avanzando en mejorar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en aspectos como la financiación, la calidad de la atención, la oportunidad y la oferta de servicios; y complementar las diferentes normas jurídicas que el mismo Congreso de la República ha expedido en estas materias. (...)

La comunidad académica internacional ha señalado al sistema colombiano como un modelo digno a seguir. Sin embargo, a pesar de evidentes avances en el país, hay malestar ciudadano con la calidad y oportunidad de los servicios. También son crecientes las quejas y los riesgos de sostenibilidad en Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y en Empresas Promotoras de Salud (EPS).

Los autores de ambos proyectos consideran que la concepción institucional sigue siendo correcta, pero que se requieren ajustes en la regulación y en la operación del sistema, para un mejor funcionamiento. Es por esto que se propone establecer medidas de carácter financiero y operativo para avanzar en el proceso de saneamiento de deudas del sector y en el mejoramiento del flujo de recursos y la calidad de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).”

Particularmente, en relación con el literal b) del artículo 12 de la referida ley, se observa que el texto propuesto para debate estableció que se encontraban en el segundo orden de prelación de créditos en los procesos de liquidación de las IPS y EPS, las “*Deudas reconocidas a Prestadoras de Servicios de Salud*”, el cual posteriormente fue precisado así “*b) Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*”¹².

El debate legislativo incluyó la necesidad de cumplir con las acreencias existentes al momento de adelantar un proceso liquidatorio y la limitación de los recursos disponibles para ese fin. Así mismo, se expuso la importancia de la sostenibilidad financiera en los hospitales, de aliviar la carga de los prestadores que debían continuar proporcionando el servicio público de salud y de la confianza que se debía generar entre los actores del sistema de seguridad social, entendiéndose que con el proyecto se brindaban

¹¹ Proyecto de ley número 24 de 2014 Senado, “*por la cual se adoptan unas normas para mejorar la oferta, la oportunidad y la calidad de la atención en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), como hospitales y Clínicas*”, acumulado con el Proyecto de ley número 77 de 2014 Senado, “*por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”. Consulta en línea, enero de 2018. http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=24&p_consec=40749.

¹² Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 109 de 2015 Cámara, 24 de 2014 Senado. Comisión Séptima Constitucional. Cámara de Representantes. Consulta en línea, enero de 2018. http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=109&p_consec=43499.



Concepto № - 6411

herramientas de solución, pero no se resolvían de manera estructural todos los problemas financieros del sector.

En este contexto, se propuso valorar la importancia de garantizar el pago de las deudas reconocidas a las IPS para evitar una seria crisis en la prestación de servicios de salud en Colombia, señalando el riesgo que tendría identificarlas de manera genérica como deudas quirografarias, para lo cual se propuso adoptar un mecanismo que garantizara que en los procesos de liquidación se defendieran estos recursos¹³.

Dicho esto, es posible afirmar que la prelación de créditos definida por el legislador en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 no se sustenta en un criterio irrelevante y limitado a la naturaleza jurídica del acreedor, sino que implica una valoración sobre la incidencia de la deuda generada en el sector que repercute en la salud de la población.

Bajo este entendido, no se evidencia que exista imperativo constitucional alguno según el cual el legislador deba en este caso igualar la condición de los créditos de todos los actores que participan en el SGSSS, con independencia de su actividad, so pena de establecer un trato discriminatorio; en cambio, tratándose de una valoración encaminada a procurar la menor afectación al SGSSS, es comprensible fijar una regla de preferencia para la satisfacción de unas acreencias sobre otras, cuando los recursos disponibles no son suficientes.

Ahora bien, si se considera que la finalidad de establecer las reglas para determinar el orden y la forma en que se deben pagar los créditos en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, es procurar la materialización de la prestación del servicio de salud al usuario, el patrón de igualdad formulado a partir de la condición genérica de prestadores de bienes y servicios médicos no sería relevante para la misma. Por similares razones, tampoco lo sería la común pertenencia al sector salud de los acreedores, pues en la prestación de los servicios existen aspectos más cercanos que otros en la atención de necesidades de los afiliados o usuarios finales.

En la medida en que la finalidad de la norma acusada no es dictar una regla comercial o financiera, referida exclusivamente a los intereses de los acreedores (pues se inserta en un contexto particular que involucra la

¹³ Como se plasmó en Acta de Comisión 25 del 04 de Abril de 2016, Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara. Gaceta de Congreso 712 de 2016. Consulta en línea, enero de 2018. http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3.



Concepto N. 6419

afectación al usuario del sector salud), el criterio de comparación en este caso no es la manera en que ellos se exponen a los impactos negativos derivados del nivel de endeudamiento del sector y los problemas de flujo de recursos. Este factor, además, no sería indicativo para establecer una regla de prelación pues todos los acreedores buscan la satisfacción de sus intereses y se ven afectados por la insuficiencia de recursos de su deudor.

En síntesis, al no existir una obligación clara del legislador de igualar la situación de todos los acreedores en función de la prestación de bienes y servicios médicos, de su común pertenencia al sector salud ni de su exposición a los impactos negativos del endeudamiento, es posible que en ejercicio del margen de configuración determine situaciones diferentes con fundamento en criterios razonables que sean acordes con la finalidad de la norma; la cual, en este caso, involucra esencialmente la mayor concreción de la prestación del servicio de salud al usuario.

La distinción propuesta por el demandante entre el criterio de comparación determinado por la naturaleza de la deuda (al cual se inclina) y la naturaleza del acreedor (que identifica como el erradamente asumido por el legislador) resulta menos clara cuando, a partir de lo dicho, la causa especial que justifica la prelación incluye la manera en que se materializa la prestación del servicio de salud.

Una comprensión sistémica es imprescindible para el análisis, pues si bien la ley 1797 de 2016 no regula la operación del SGSSS, tampoco se limita a fijar reglas de competencia o de garantía comercial independientes del contexto al que se remiten. Esta perspectiva, obliga a analizar la complejidad de las normas de contenido financiero, pero inescindiblemente relacionadas con el sector al que responden (salud).

La ley 1751 de 2015 estableció que la salud es un derecho fundamental que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. No obstante, este derecho es limitable y, por lo tanto, *“el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”*¹⁴.

En efecto, el Sistema de Salud es un conjunto de personas e instituciones que prestan tales servicios, teniendo como prioridad garantizar el goce

¹⁴ Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa



Concepto 8 - 6411

efectivo del derecho a la salud, dentro de los parámetros constitucionales. La manera en que participa cada actor, sin embargo, puede variar según la actividad que cumple dentro del mismo.

Aunque es deseable que todas las prestaciones que incidan en la salud de la población, directa o indirectamente, sean garantizadas, la restricción de recursos del sistema obliga, entre otros, a que el derecho a la salud sea limitable. De manera similar, aunque se espera que las acreencias de todos los actores que participan en el SGSSS sean satisfechas por la incidencia que a distinto nivel puedan tener, es necesario determinar reglas que permitan lograr de la mejor manera este fin.

Así, al garantizar el flujo de recursos a un determinado actor, se pretende preservar la prestación del correspondiente servicio, de manera que cuando esto sucede con relación al servicio prestado por las IPS, la incidencia será directa sobre la sostenibilidad del SGSSS; no es igual si se trata de cualquier otro actor que participa del Sistema, pues ello dependerá de la actividad que le es propia.

Lo anterior se explica por la función y el servicio que presta una IPS - de la que deriva la deuda a garantizar -, determinados por las normas vigentes. Como parte de ellas, la ley 100 de 1993 dispone, entre otros, que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud integran el SGSSS¹⁵ y no solo participan en él, y que "(...) son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de la entidades promotoras de salud o fuera de ellas"¹⁶. Existen, además, previsiones constitucionales específicas en relación con la destinación de

¹⁵ "ARTÍCULO 155. INTEGRANTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:

1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control:

a) Los Ministerios de Salud y Trabajo;

b) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud<4>;

c) La Superintendencia Nacional en Salud;

2. Los Organismos de administración y financiación:

a) Las Entidades Promotoras de Salud;

b) Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud;

c) El Fondo de Solidaridad y Garantía.

3. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas.

4. Las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente Ley, estén adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo.

5. Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados.

6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.

7. Los Comités de Participación Comunitaria "COPACOS" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud."

¹⁶ Literal i) del artículo 156 de la ley 100 de 1993.



Concepto N° - 6419

sus recursos y con la prestación de salud efectiva (la cual se debe garantizar con independencia de variables económicas o de su inclusión en el POS).

De otra parte, la actividad desplegada por los demás actores a los que se refiere el demandante (proveedores de insumos médico quirúrgicos, medicamentos, nutracéuticos, tecnologías, dispositivos médicos, prótesis, órtesis, servicios de transporte especializado, oxígeno domiciliario y demás bienes y servicios en salud para garantizar la calidad de la prestación de servicios dentro del SGSSS), si bien incide en el desarrollo del Sistema de Salud, no tiene características idénticas con las descritas para la calificación de sus acreencias. Entre otros elementos de distinción se observa la no obligatoriedad en su prestación directa con independencia de las reglas financieras, o el uso de los recursos percibidos.

Por las anteriores consideraciones, conforme al patrón de igualdad aplicable, no se evidencia que en el caso los mencionados sujetos (IPS – otras entidades proveedoras) sean comparables ni que la norma acusada establezca un tratamiento desigual entre iguales.

Ahora bien, aunque conforme a lo señalado no sería necesario avanzar con el juicio integrado de igualdad para determinar si la medida se encuentra justificada, en razón a la suficiencia argumentativa y en razón a que el test se aplica en forma escalonada, no sería necesario el análisis de los otros pasos porque no se trata de sujetos comparables. Sin embargo y en atención a que la demanda fue inicialmente inadmitida, con argumentos similares a los aquí expuestos, el Ministerio Público analizará la medida de conformidad con los restantes pasos del test, con el fin de mostrar cómo la medida diferenciadora tiene soporte desde la perspectiva constitucional.

Para este fin el demandante propone aplicar un test leve, en la medida en que la materia involucra aspectos esencialmente económicos; no obstante se preferirá la aplicación de un test intermedio en la medida en que la noción misma de prelación implica el otorgamiento de una prerrogativa en favor de uno de los sujetos, y en que se podría considerar la posible afectación de derechos constitucionales no fundamentales relacionados con la actividad empresarial.

Al respecto, se encuentra que el fin de la medida analizada no solo es legítimo sino también constitucionalmente importante, al observar la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Como se ha expuesto, el mismo involucra no solo la satisfacción de las acreencias, conforme al sistema de preferencias establecido, ante la limitación de los



Concepto # - 6411

recursos disponibles para ese fin en los procesos liquidatorios de EPS e IPS, sino que además se relaciona con las condiciones de operatividad del SGSSS y con la concreción de la prestación de salud para la población.

En desarrollo del margen de configuración de su potestad, el legislador valora la importancia de los créditos, en atención al fin perseguido.

De otra parte, el medio empleado (el tratamiento diferencial) es adecuado y efectivamente conducente para el fin señalado, al establecer una regla de preferencia que permite sanear las deudas reconocidas a las IPS (integrante del SGSSS), las cuales tienen por función prestar de manera efectiva los servicios de salud a sus afiliados.

Se procura la sostenibilidad financiera del Sistema mismo, adoptando la medida menos lesiva. En efecto, como se sustentó en el debate legislativo, calificar este tipo de deudas como quirografarias implicaría una seria afectación al sistema de salud y con ello un potencial riesgo sobre la efectividad de los derechos fundamentales de los usuarios, pero incluir en el segundo orden de prelación las deudas reconocidas a todos los proveedores de bienes y servicios en salud limitaría aún más los recursos disponibles para la prestación directa del servicio.

La norma demandada supera, así, el test de igualdad aplicado, precisando que la medida no resulta evidentemente desproporcionada respecto de otros principios, derechos o valores constitucionales.

Finalmente, se debe señalar que por lo expuesto tampoco se evidencia que exista la omisión legislativa relativa señalada en la demanda, que supone la actividad incompleta o defectuosa del legislador pues, como se sustentó, la regulación bajo examen no dejó de lado algún supuesto de hecho que generara tratamientos inequitativos.

Por lo expuesto, el Ministerio Público solicitará declarar la exequibilidad del artículo 12 (literal b) de la Ley 1797 de 2016, por el cargo examinado (igualdad), sin que proceda un pronunciamiento condicional.

4. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** el artículo 12 (literal b) de la Ley 1797 de 2016 “[p]or la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del



Concepto No - 6411

Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por el cargo examinado (igualdad).

De los Señores Magistrados,

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

Dym/tmfc
[Handwritten initials]