



ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL – Reglamentos / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Libertad de empresa / DERECHO A LA SALUD DE LA POBLACIÓN CARCELARIA – Garantía / ATENCIÓN EN SALUD DE LA POBLACIÓN RECLUSA – Restricción a su prestación por entidad promotora de salud EPS del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional / LIBRE COMPETENCIA – Se vulnera al excluir a las entidades promotoras de salud EPSs del régimen subsidiado de naturaleza privada para prestar el servicio de salud a la población carcelaria / ATENCIÓN EN SALUD DE LA POBLACIÓN RECLUSA – Debe ser por entidades promotoras de salud EPSs del régimen subsidiado de naturaleza pública y privada

[L]a norma [inciso primero del artículo 2 del Decreto 1141 de 2009] estableció una clara restricción para las entidades prestadoras de servicios de salud privadas que estuvieran habilitadas para prestar dicha atención en el régimen subsidiado, situación que en principio es abiertamente inconstitucional, en la medida que desconoce la concurrencia de ambos sectores en la prestación de este servicio público; por lo que será menester constatar si la medida definida, como lo afirmó el Gobierno Nacional, se enmarca en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Para el efecto se tiene lo siguiente: (i) El aparte normativo acusado está contenido en el Decreto 1141 del 1 de abril de 2009 y fue expedido en ejercicio de la facultad señalada por el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, así como teniendo en cuenta los artículos 154 de la Ley 100 de 1993 y el literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, éste último, que le impuso al Gobierno Nacional determinar los mecanismos que permitieran la atención adecuada de los servicios de salud para la población reclusa. Para la Sala, la medida prevista por el Gobierno Nacional, en el sentido de limitar la prestación de los servicios de salud de los reclusos del país únicamente a una EPS del Régimen Subsidiado de carácter público, no garantiza per se la prestación eficiente, máxime teniendo en cuenta las graves condiciones de vulnerabilidad de los reclusos del país, así como la imposibilidad que tienen de acceder autónomamente a los servicios médicos y la situación de especial sujeción frente al Estado, que por ende, le impone el deber de asegurar el goce efectivo de este derecho en igualdad de condiciones y en forma adecuada, digna y oportuna, conforme con los principios constitucionales que rigen este servicio público. En ese sentido, excluir a las entidades privadas habilitadas para prestar el referido servicio en las instituciones carcelarias a cargo del INPEC sin una razón justificada, desconoce la libre competencia y los derechos de la población carcelaria para obtener una prestación eficiente del mismo, puesto que sus condiciones de reclusión le impiden de manera autónoma garantizar la escogencia.

ATENCIÓN EN SALUD DE LA POBLACIÓN RECLUSA – Restricción a su prestación por entidad promotora de salud EPS del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional / DERECHO A LA IGUALDAD – Vulneración al excluir a las entidades promotoras de salud EPSs del régimen subsidiado de naturaleza privada para prestar el servicio de salud a la población carcelaria / ATENCIÓN EN SALUD DE LA POBLACIÓN RECLUSA – Debe ser por entidades promotoras de salud EPSs del régimen subsidiado de naturaleza pública y privada

Para resolver este cargo, la Sala acudirá al test de igualdad definido por la Corte Constitucional y para el efecto se tiene lo siguiente: (i) Existen dos tipos de sujetos susceptibles de comparación, como lo son: a) La Empresa Promotora de Salud en el Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional; y b) las EPS de naturaleza pública que no tienen el carácter nacional, así como las EPS de origen



privado; todas ellas concurren en principio en las mismas condiciones como actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud; (ii) De la literalidad del aparte normativo demandado, se colige con claridad que da un trato injustificado a las últimas, puesto que las excluye de la posibilidad de prestar los servicios de salud a la población reclusa en los establecimientos a cargo del INPEC. Para la Sala, el tratamiento desigual, tal como se concluyó en el cargo anterior, no obedece a un fin constitucional y legalmente justificado, razones suficientes para que, en consonancia con lo señalado en el cargo anterior, las pretensiones de la demanda tengan vocación de prosperidad.

CAUSA PETENDI - Suficiencia / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN - Carencia de concreción y sustentación / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN - Exigencias: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN – Carga argumentativa / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[S]e observa que el demandante se limitó a enumerar algunos de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el contenido normativo al cual hizo referencia corresponde al artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; por lo tanto, ante la falta de determinación de las normas superiores que se afirman transgredidas y que se omitió explicar el concepto de violación del cargo, no le es posible a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo frente a estos aspectos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 49 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / LEY 100 DE 1993 / LEY 1751 DE 2015 – ARTÍCULO 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1141 DE 2009 (1 de abril) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 2 INCISO PRIMERO (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00184-00

Actor: JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y OTRO

Referencia: NULIDAD

Referencia: Es nula la disposición expedida por el Gobierno Nacional que dispuso la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de la población interna en los centros de reclusión del INPEC, a través de una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional, por cuanto fijó una medida restrictiva de las libertades de empresa y económica de las demás instituciones prestadoras del servicio de salud, y a su vez, determinó un trato desigual e injustificado.



Referencia: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a decidir en única instancia la demanda de Nulidad interpuesta por el señor Jairo José Arenas Romero, en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR, JUSTICIA¹ Y EL DERECHO (Hoy Ministerios del Interior, y de Justicia y del Derecho), Y DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (Hoy Ministerio de Salud).

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El actor en ejercicio de la acción pública de Nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo-Decreto 01 del 2 de enero de 1984, presentó demanda² en contra de los Ministerios del Interior y de Justicia y de la Protección Social, con la pretensión³ que se declare la nulidad del inciso primero del artículo 2 y el inciso primero del artículo 4 del Decreto 1141 del 1 de abril de 2009⁴, “*Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”; que textualmente dice:

“[...]

DECRETO 1141 DE 2009
(Abril 01)

Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

**EL MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA DE COLOMBIA
DELEGATARIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES EN VIRTUD DEL
DECRETO 01041 DE MARZO 26 DE 2009**

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 189 numeral 11, de la Constitución Política, los artículos 154 de la Ley 100 de 1993, y el literal m. del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, y

¹ Hoy Ministerio del Interior y Ministerio De Justicia y del Derecho.

² Folios 6 al 29 cuaderno principal.

³ Por auto del 22 de agosto de 2012, el Despacho Sustanciador admitió la demanda en contra del inciso primero del artículo 2 del Decreto 1141 de 2009, visible a folios 32 y 33 del cuaderno.

⁴ Derogado expresamente por el artículo 16 del Decreto 2496 del 6 de diciembre de 2012, “*por el cual se establecen normas para la operación del aseguramiento en salud de la población reclusa y se dictan otras disposiciones*”.



CONSIDERANDO:

(...)

DECRETA:

(...)

Artículo 2°. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2777 de 2010.
Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la población reclusa en los establecimientos de reclusión a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, se realizará al Régimen Subsidiado mediante subsidio total, a través de una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, EPS-S, de naturaleza pública del orden nacional.

(...)

Parágrafo 1°. La población reclusa que se encuentre afiliada al Régimen Contributivo o a regímenes exceptuados conservará su afiliación, siempre y cuando continúe cumpliendo con las condiciones de dicha afiliación, y, por lo tanto, las EPS del Régimen Contributivo y las entidades aseguradoras en los regímenes exceptuados serán las responsables de la prestación de los servicios de salud y el pago de los mismos, en función del plan de beneficios correspondiente. Para la prestación de los servicios de salud se deberá coordinar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC lo relacionado con la seguridad de los internos. Los servicios del plan de beneficios que llegaren a prestarse a la población reclusa afiliada al Régimen Contributivo o regímenes exceptuados por parte de la EPS-S de naturaleza pública del orden nacional a la que se refiere el presente decreto, se recobrarán a la entidad del Régimen Contributivo o régimen exceptuado a la que se encuentre afiliado el recluso, para lo cual se podrán suscribir convenios que establezcan las condiciones para la prestación de estos servicios así como sus cobros.

Parágrafo 2°. La afiliación al Régimen Subsidiado a través de la EPS-S de naturaleza pública del orden nacional a que se refiere el presente decreto, beneficiará únicamente a los internos reclusos en los establecimientos carcelarios a cargo del INPEC y a los menores de tres (3) años que convivan con sus madres en estos establecimientos.

Parágrafo 3°. Cuando el recluso estuviere afiliado al Régimen Subsidiado a cargo de una entidad territorial, se hará el traslado del afiliado a la EPS-S de naturaleza pública del orden nacional, bajo la coordinación del INPEC. La EPS-S receptora reportará a la Base de Datos Única de Afiliados o el instrumento que lo sustituya, la novedad de traslado de EPS-S, igualmente reportará la novedad de cambio de municipio cuando se presente traslado del recluso a un centro de reclusión ubicado en otro municipio, en los términos establecidos en la normatividad vigente. Este traslado no está sujeto al periodo mínimo de permanencia en una EPS-S".

(...)

Artículo 4°. Contratación de aseguramiento. Para los efectos previstos en el presente decreto, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-



INPEC suscribirá un contrato de aseguramiento con una entidad promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional con el fin de afiliar al régimen subsidiado a la población reclusa que se encuentra interna en los establecimientos de reclusión a su cargo y efectuará el seguimiento y control de dicho contrato a través de una interventoría interna o externa con el objeto de garantizar la debida y oportuna ejecución del mismo. [...]

(El aparte subrayado corresponde al texto demandado)

1.2. Normas invocadas como infringidas y concepto de violación

El demandante considera que con los apartes normativos acusados se vulneraron los artículos 13, 48, 49, 209, 333, 334, y 336 de la Constitución Política y 1, 2, 153, 154, 159 y 212 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993⁵ y 3 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007⁶.

Como razones de violación expuso las siguientes⁷:

1.2.1. Infracción de normas legales:

1.2.1.1. Los principios fundamentales del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

Luego de exponer nociones generales acerca del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sostuvo que, como parte fundamental de su diseño, se estableció la participación conjunta entre los sectores privado y público en donde los afiliados tienen libertad de escogencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política.

Afirmó que el artículo 14 de la Constitución⁸ (sic) “[d]efine el aseguramiento en salud como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice su 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

⁵ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁶ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁷ Folios 16 a 28 del cuaderno.

⁸ El artículo 14 de la Constitución señala en su tenor literal: “[...] **ARTICULO 14.** Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. [...]”



[...]", por lo que estimó que la norma acusada consagra una clara restricción al impedir la participación de las EPS del Régimen Subsidiado de Salud (EPSS) de naturaleza privada en el aseguramiento de los reclusos del país, lo que a su vez constituye una especie de monopolio toda vez que la única EPSS de carácter público a nivel nacional es CAPRECOM.

1.2.1.2. La participación privada como parte fundamental del diseño del sistema de salud:

Aseveró que dicha restricción es claramente violatoria de la Constitución y la ley, por cuanto la participación privada es parte fundamental del diseño del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Reseñó que, de acuerdo con lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1041 del 4 de diciembre de 2007⁹, el Estado cuenta con amplios poderes de intervención en materia de salud, los cuales le permiten limitar las libertades económicas; sin embargo, para que dichas restricciones sean legales, deben cumplirse los siguientes elementos: "[...] (i) llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el "núcleo esencial" de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato [...]".

Consideró que el Tribunal Constitucional también ha señalado que dicha intervención debe respetar: la libertad de ingreso, permanencia y retiro del mercado; la libertad contractual; la confianza legítima en la estabilidad de las leyes y la libertad de participar en condiciones de mercado. Por ello aseguró que los apartes enjuiciados son inconstitucionales, dado que prevén una restricción irrazonable y desproporcionada de la libertad de empresa y de competencia económica en el Sistema de Salud (arts. 333 y 334 CP), que se caracteriza por una fuerte intervención estatal pero con garantía de la iniciativa privada.

Manifestó que el Decreto 1141 de 2009 desconoce por completo a las EPSS que operan en el país negándoles su derecho de participar en el aseguramiento de los reclusos, con la única justificación de determinar *"los mecanismos que permitan la operatividad para que esta población reciba adecuadamente sus servicios"*.

⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



1.2.1.3. El juicio de proporcionalidad y los principios de eficiencia y calidad:

Explicó que, con el fin de verificar si existe suficiente motivación y justificación para adoptar la medida que calificó de restrictiva, es necesario hacer un juicio de razonabilidad a la norma.

Sostuvo que es de público conocimiento que CAPRECOM es una entidad cuestionada por contar con altos niveles de ineficiencia, para lo cual hizo alusión a situaciones de orden administrativo y financiero de esa entidad, destacando que la Ley 419 del 30 de diciembre de 1997¹⁰ autorizó al Ministerio de Hacienda para reconocer como deuda pública de la Nación sus obligaciones pendientes en el régimen contributivo hasta por \$87 mil millones y obligó a la entidad a suscribir un convenio de desempeño que estableciera los mecanismos para garantizar el equilibrio financiero y el cumplimiento de la normatividad, so pena de someterla a liquidación seis meses después.

Arguyó que las finalidades del Decreto 1141 de 2009, si bien son absolutamente legítimas, no cumplen con lo dispuesto en la ley, puesto que su aplicación produce necesariamente la disminución en la calidad del servicio de salud en el régimen subsidiado, se transgreden los principios de eficiencia y eficacia y se vulneran los derechos a la vida y a la integridad física de los reclusos afiliados.

Aseguró que el Gobierno Nacional no puede anular el modelo de participación privada que adoptó el Constituyente para garantizar el servicio de salud, máxime cuando *[n]o contribuye a revertir ningún riesgo social o a conjurar la afectación de derechos fundamentales [...]* y no sustentó de manera racional su decisión. Adicionalmente, en el presente caso no se observa el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 333 de la Carta Política, según el cual, *"[l]a ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación [...]"*.

Resaltó que el decreto que contiene los apartes normativos acusados, constituye un acto arbitrario e ilegal en razón a que no cumple los criterios de necesidad y proporcionalidad que justifiquen la limitación de la participación privada y de

¹⁰ Por la cual se autoriza al Ministro de Hacienda y Crédito Público para reconocer como deuda pública de la Nación las obligaciones pendientes de pago de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom.



competencia económica en el aseguramiento del Régimen Subsidiado de Salud para la población reclusa.

Agregó que la norma es abiertamente irrazonable y desproporcionada, porque no responde a ningún tipo de fundamentación técnica y juiciosa y desconoce evidencias de público conocimiento que indican su total inconveniencia, considerando que atenta contra los derechos fundamentales de los afiliados, al obligarlos a vincularse a una EPSS que no cuenta con una adecuada estructura administrativa ni funcional, y tiene serios problemas de tipo financiero que hacen inviable no solo su operación sino su existencia, contraviniendo el principio constitucional de la eficiencia, de acuerdo con la sentencia C-974 del 13 de noviembre de 2002¹¹.

1.2.1.4. El derecho a la igualdad:

Explicó que los apartes demandados pueden interpretarse como un trato discriminatorio que sanciona a las EPSS privadas que, cumpliendo con los requisitos legales para operar, son relegadas del aseguramiento; además les otorga un trato completamente discriminatorio e injustificado, para lo cual se apoyó en la sentencia C-448 del 18 de septiembre de 1997¹², para resaltar que se encuentran en la misma situación de hecho que las EPSS de naturaleza pública, en el actual Sistema de Salud que se rige por la libre concurrencia y competencia.

1.2.1.5. Falta de competencia para expedir el decreto:

Señaló que, acorde con lo dispuesto por el artículo 212 de la Ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) tenía la facultad exclusiva para determinar la forma y las condiciones para la operación del Régimen Subsidiado de Salud; esto, por cuanto, para la fecha en que fue expedido el decreto acusado, no había entrado en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Ni tampoco dicha función fue delegada al Presidente de la República y por tanto ni él, ni los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, podían hacerlo.

¹¹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Destacó que la ley asignó tal competencia en cabeza de la CRES, puesto que, al ser un organismo de composición plural, *“[d]ecisiones tan delicadas como ésta sean objeto de análisis profundos e involucrando a los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social y no solo bajo la óptica de uno solo de sus integrantes [...]”*.

Concluyó que las mencionadas autoridades usurparon funciones y se extralimitaron en las suyas, de manera que incurrieron *“[e]n una vía de hecho, por presentar un defecto orgánico la decisión, como quiera que carece de toda facultad para ello [...]”*

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. El Ministerio del Interior, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda en oportunidad, oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en lo siguiente¹³:

Afirmó que los argumentos del demandante *“[n]o corresponden al sentido de objetividad de la norma cuestionada sino a evaluaciones personales [...]”* y los cargos carecen de certeza y de carga argumentativa, pues las manifestaciones presentadas no están conformes con la realidad jurídica.

Aseguró que no existe la endilgada vulneración y se trata de un modelo que parte del diseño de una política pública que ha permitido al Gobierno garantizar el derecho a la salud de la población carcelaria, según lo prevé la exposición de motivos del decreto demandado; calificó la demanda como inepta, dado que se presentan *“[m]otivos o razones diferentes a hechos fundamentales del procedimiento administrativo, o que ofrecen estrecha relación con éste (sic), pero que no fueron expuestos en el mismo con aspectos meramente subjetivos (sic) [...]”*.

Señaló que las pretensiones de la demanda no le conciernen a este Ministerio sino al INPEC, que es un establecimiento público del orden nacional, encargado de dirigir el sistema penitenciario y carcelario, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho de acuerdo con lo previsto por el artículo 3 del Decreto 2897 del 11 de agosto de 2011.

¹³ Folios 262 a 272 del cuaderno.



Indicó que, según lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 2 del decreto acusado, le corresponde a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y al de la Protección Social, así como al INPEC, adelantar las actuaciones administrativas que garanticen la afiliación de la población carcelaria al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.2. El Ministerio de Justicia describió el traslado en oportunidad por medio de apoderada judicial, solicitando denegar las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó¹⁴:

Que el decreto que contiene los apartes normativos acusados fue derogado de manera expresa por el Decreto 2496 del 6 de diciembre de 2012¹⁵, el cual señaló que los reclusos a cargo del INPEC se afiliarían al Régimen Subsidiado de Salud a través de una o varias EPS de naturaleza pública o privada, incluso del Régimen Contributivo; destacó que las normas derogadas se inspiraron en los artículos 48 y 49 de la Carta Política y en los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales que desvirtúan la pretensión del accionante.

Agregó que el decreto demandado garantizaba de manera integral la protección de los derechos fundamentales (de la población carcelaria) a través de la afiliación y la prestación del servicio del Régimen Subsidiado de Salud y que en la actualidad se realiza, “[p]or medio de una o varias Entidades Promotoras de Salud Públicas o Privadas tanto del Régimen Subsidiado, que determine la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (SPC), lo cual desvirtúa lo relacionado con el juicio de proporcionalidad y el presunto trato discriminatorio a las EPSS privadas. [...]”

Sostuvo que la regulación legal en el diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud no puede ser tan intensa que elimine el esquema de libre competencia entre particulares y el Estado en la prestación de ese servicio, ni tan débil “[q]ue deje al juego del mercado la protección del derecho a la salud de la población más vulnerable del país, por cuanto ello produciría un desmantelamiento de los servicios sociales a cargo del Estado [...]”; considerando que la norma acusada no vulneró la prestación del servicio público de afiliación de la población

¹⁴ Folios 278 a 289 del cuaderno.

¹⁵ “Por el cual se establecen normas para la operación del aseguramiento en salud de la población reclusa y se dictan otras disposiciones”.



reclusa, ni el derecho a la participación privada de las EPSS en el aseguramiento de la misma.

Indicó que el Gobierno Nacional, con la expedición del decreto acusado, no vulneró la prestación del servicio público de salud, así como tampoco el derecho a la participación privada de las EPS del Régimen Subsidiado, por cuanto sus actuaciones se sustentaron en las normas que rigen la materia y las directrices de regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud desarrolladas en la sentencia C-1158 del 26 de noviembre de 2008¹⁶, así como el enfoque diferencial establecido en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que de las sentencias de la Corte Constitucional C-675 del 2 de julio de 2008¹⁷ y C-616 del 13 de junio de 2001¹⁸, se colige que el Estado tiene una amplia facultad de intervención económica en el Sistema de Salud, por lo que la libertad de empresa en esta materia puede tener mayores restricciones que las permitidas en otros sectores de la economía, pero que ésta debe ser razonable, proporcionada y con un fundamento legal, de acuerdo con las condiciones que para el efecto estableció el citado Tribunal¹⁹; en tal sentido, consideró válida la limitación de la libertad económica de la norma acusada y no elimina el modelo de libre empresa y competencia previsto por el legislador.

En cuanto a la violación del principio de igualdad, cuestionó la existencia de un verdadero cargo de inconstitucionalidad, puesto que, a su juicio, no existe término de comparación y estimó que del aparte normativo acusado no se deduce ningún trato diferenciado.

2.3. El apoderado judicial del Ministerio de Salud y Protección Social contestó la demanda por fuera del término concedido; de ello se dejó constancia en auto del 23 de septiembre de 2013²⁰.

¹⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷ M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ Afirmó que, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional las condiciones que las condiciones que deben de cumplirse para la limitación de la libertad económica son: “[...] (i) *necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley*; (ii) *no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa*; (iii) *debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos del ámbito de la salud como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia en la prestación del servicio*; y (v) *debe respetar el principio de proporcionalidad de forma tal que no sólo la finalidad sea legítima sino que el medio adoptado para alcanzarla sea razonablemente idóneo y no tenga un costo constitucional desproporcionados [...]*”; para el efecto citó las sentencias C-260 del 11 de marzo de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-316 del 9 de abril de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁰ Folio 315 del cuaderno.



III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Por auto del 12 de mayo de 2014 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y rindiera el concepto respectivamente²¹.

3.1.1. El Director de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia, reiteró los argumentos que expuso ese organismo en su escrito de contestación de la demanda²².

3.1.2. Por su parte, la apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social recorrió el traslado manifestando lo siguiente²³:

Expuso que el artículo 2 del Decreto 1141 de 2009 fue modificado por el artículo 1 del Decreto 2777 del 3 de agosto de 2010²⁴, por lo que indicó que al momento de resolver el asunto se deberá determinar sobre qué norma hace el análisis de legalidad; para ello afirmó que el actor solo se refirió a la primera disposición y no hizo alusión a la modificatoria, pese a encontrarse vigente.

Señaló que el decreto acusado es un desarrollo reglamentario del literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 y del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, que delegaron al Gobierno Nacional la función de determinar los mecanismos que permitieran la operatividad para que la población reclusa del país se afiliara al SGSSS.

Aseguró que el aparte normativo cuestionado no impedía que las EPS privadas pudieran prestar sus servicios a la población reclusa como lo disponía su parágrafo 1, y lo que se buscaba era el fortalecimiento de la EPS del Régimen Subsidiado de Salud de naturaleza pública del orden nacional, así como a las instituciones del sector público que integran la red prestadora del servicio, conforme con lo previsto por el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007²⁵, así como garantizar la atención en la mayor parte del territorio nacional (portabilidad).

²¹ Folio 329 del cuaderno.

²² Folios 330 a 341 del cuaderno.

²³ Folios 347 a 353 del cuaderno.

²⁴ Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1141 de 2009.

²⁵ “[...] ARTÍCULO 16. CONTRATACIÓN EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO Y EPS PÚBLICAS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente



Concluyó que, en virtud de dichas disposiciones, el INPEC suscribió el contrato 1172 del 22 de julio de 2009 con la EPS ARS CAPRECOM, para la prestación de la atención médica de los reclusos en lo relacionado con las eventualidades catalogadas POS.

3.1.3. Por último, el actor, en el escrito presentado, reiteró los argumentos de la demanda²⁶, y el Ministerio del Interior guardó silencio.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público quien actúa como Delegado ante esta Corporación rindió concepto en tiempo²⁷, solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

Afirmó que el decreto acusado se enmarca en la facultad del Gobierno Nacional para determinar “[l]os mecanismos que permitan la operatividad para que esta población reciba adecuadamente sus servicios [...]”, prevista en el literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, como lo establece el artículo 1 del decreto acusado, por lo que desestimó el cargo de falta de competencia.

En cuanto a la violación de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política señaló que la primera de dichas normas estableció un régimen de economía social de mercado que se caracteriza por: (i) el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y libre iniciativa privada, como garantías indispensables para el logro del desarrollo económico y la prosperidad general, y (ii) la función del Estado para la dirección general de la economía que se expresa, de un lado, en la facultad de verificar que la libertad de empresa se ejerza dentro del bien común, y por otro, en la potestad de imponer limitaciones a esa libertad cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%). Lo anterior estará sujeto al cumplimiento de requisitos e indicadores de calidad y resultados, oferta disponible, indicadores de gestión y tarifas competitivas. Las Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública del Régimen Contributivo, deberán contratar como mínimo el 60% del gasto en salud con las ESE escindidas del ISS siempre y cuando exista capacidad resolutive y se cumpla con indicadores de calidad y resultados, indicadores de gestión y tarifas competitivas. [...]”

²⁶ Folios 355 a 358 del cuaderno.

²⁷ Folios 360 a 373 del cuaderno.



Precisó que el artículo 334 Constitucional dispuso que la dirección general de la economía involucra una serie de competencias estatales relacionadas con la intervención, cuyo propósito es regular la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Para el efecto, citó la sentencia C-830 del 20 de octubre de 2010²⁸ en lo que se refiere a la validez de las actividades de intervención del Estado en la economía.

Argumentó que el referido artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, delegó al Gobierno Nacional la facultad de determinar los mecanismos que permiten la operatividad para que la población reclusa reciba de forma adecuada los servicios de salud, lo que se colige de la declaratoria de estado de cosas inconstitucional contenida en la sentencia T-606 del 27 de octubre de 1998²⁹, entre otras de las providencias referidas en la parte considerativa del decreto demandado.

Explicó que la atención dada por la precitada Ley 1122 a dicha población, responde a la “[s]ituación de especial sujeción de los reclusos frente al Estado [...]”, la cual ha sido explicada por la Corte Constitucional en la sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002³⁰, que le impone al Estado la obligación de garantizarles el acceso y la adecuada prestación de los servicios de salud, por lo que la limitación impuesta en la norma acusada, es razonable y adecuada para dichos fines.

En lo atinente al trato discriminatorio endilgado, hizo alusión a los fallos proferidos por esta Sección el 23 de febrero de 2012³¹ y del 20 de junio del mismo año³², para concluir que el cargo no debe prosperar puesto que el Estado tiene el deber de garantizar el acceso y la adecuada prestación de los servicios de salud a la población reclusa.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

²⁸ Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁹ Corte Constitucional, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

³⁰ Corte Constitucional, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de febrero de 2012, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, radicado nro. 11001032400020080003500.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de junio de 2012, C.P. María Elizabeth García González, radicado nro. 11001032400020070020000.



5.1. Cuestión previa

Mediante escrito del 4 de abril de 2019, el señor Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés manifestó su impedido por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil³³, aplicable por remisión normativa del artículo 160 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), por cuanto emitió concepto dentro del presente asunto en calidad de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa³⁴.

En consecuencia, se separará del conocimiento y decisión de este proceso, como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

5.2. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 84 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 del 2 de enero de 1984 y 1° del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019³⁵, expedido por la Sala Plena de la Corporación, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

5.3. La disposición acusada

La Sala observa que si bien la disposición del Decreto 1141 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional, demandada, fue modificada por el Decreto Nacional 2777 de 2010³⁶ y derogada de manera expresa por el artículo 16 del Decreto 2496 del 6 de diciembre de 2012³⁷, tal circunstancia no impide el estudio de fondo de los cargos formulados por la parte actora, en razón de los efectos jurídicos que produjo la norma acusada durante su vigencia.

³³ “[...] ARTÍCULO 150. CAUSALES DE RECUSACION. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Entró a regir a partir del 1 de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son causales de recusación las siguientes: // (...) 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. [...]”

³⁴ Folio 389 del cuaderno.

³⁵ Que compiló y actualizó el Reglamento del Consejo de Estado.

³⁶ Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1141 de 2009.

³⁷ “por el cual se establecen normas para la operación del aseguramiento en salud de la población reclusa y se dictan otras disposiciones”.



5.4. Objeto de la controversia

Se demanda el inciso primero del artículo 2 del Decreto 1141 de 2009 expedido por el Ministro del Interior y de Justicia, delegatario de las funciones presidenciales en virtud del Decreto 1041 del 26 de marzo de 2009, que dispuso que la atención de la población reclusa a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) se realizaría a través de una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional.

Al efecto, como en la demanda se afirma que el aparte normativo acusado vulnera los artículos 13, 48, 49, 209, 333, 334 y 336 de la Constitución Política, 1, 2, 153, 154, 159 y 212 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993³⁸ y 3 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007³⁹; se observa que estos disponen⁴⁰:

Constitución Política:

*“[...] **ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. [...]”

*“[...] **ARTICULO 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

³⁸ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

³⁹ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁴⁰ Se resaltan los apartes indicados por el demandante como infringidos y solo se transcribirán los artículos respecto de los cuales se cumple con la carga argumentativa.



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.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. [...]

*“[...] **ARTICULO 49.** <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. [...]

*“[...] **ARTICULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. [...]

*“[...] **ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

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

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

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



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

*[...] **ARTICULO 334.** <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

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

[...]

Ley 100 de 1993:

*[...] **ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS.** El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:*

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; [...]

*[...] **ARTÍCULO 154. INTERVENCIÓN DEL ESTADO.** El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:*

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley. [...]

*[...] **ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS.** Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:*

(...)



3. La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley. [...]

5.4.1. Análisis de los cargos:

5.4.1.1. Frente a los principios fundamentales del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

El actor sustentó la invocada infracción en los siguientes términos:

“[...] Hasta aquí es posible distinguir tres temas fundamentales:

1. La Seguridad Social se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado conforme a los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”, y a los demás principios constitucionales y legales.

2. La participación privada es parte fundamental del diseño del sistema de seguridad social en salud.

El Artículo 14 constitucional (sic), define el aseguramiento en salud como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

(...)

En ese sentido la norma demandada consagra una clara restricción en orden a impedir la participación de las EPS del régimen subsidiado de naturaleza privada en el aseguramiento de los reclusos del país y el establecimiento fáctico de una especie de monopolio, si tenemos en cuenta que sólo existe una EPSS de carácter público del nivel nacional, denominada CAPRECOM. [...]

Conforme con lo anterior, se observa que el demandante se limitó a enumerar algunos de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el contenido normativo al cual hizo referencia corresponde al artículo 14 de la Ley 1122 de 2007⁴¹; por lo tanto, ante la falta de determinación de las normas superiores que se afirman transgredidas y que se omitió explicar el concepto de

⁴¹ “[...] ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, 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. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. [...]



violación del cargo, no le es posible a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo frente a estos aspectos.

Sobre la carga argumentativa de la demanda, esta Sección se ha pronunciado en repetidas ocasiones, así⁴²:

“[...] la formulación correcta de los cargos impone al demandante el deber de satisfacer las exigencias argumentativas, las que en este caso exigen que, cada acusación sea individualizada, y que respecto de cada precepto normativo acusado se efectúe el cotejo o comparación entre la regulación que de esta se consignó en la ley y la que al efecto contempla la disposición... que se acusa por extralimitación. Sin el cumplimiento de estas exigencias argumentativas, los cargos carecen de la concreción necesaria para poder ser examinados.

*Siendo la justicia contencioso-administrativa de carácter rogado, es necesario dar aplicación a lo ordenado en el artículo 137, numeral 4 del C.C.A., en el sentido de que no solo el demandante debe indicar las normas que estima infringidas con el acto impugnado, **sino que debe explicar el alcance y el sentido de la infracción**, o sea, el concepto de la violación.*

Así sobre la suficiencia de la causa petendi, ya el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades, y en especial esta Sala ha considerado: (...)

... Es así como el requisito del numeral 4° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo citado previamente, relativo al concepto de la violación exige que al formular los cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad, el ciudadano demandante exponga con claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, las razones por las cuales estima que el precepto acusado vulnera las normas constitucionales o legales que estima violadas. De no atenderse tales exigencias, no es viable un pronunciamiento de fondo por parte de la Corporación, circunstancia que da lugar a un fallo inhibitorio. Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma impugnada, de tal manera que se inicie realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad o legalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corporación. Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad deben ser ciertas, lo que,

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 13 de octubre de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés (E), radicación nro. 15001-23-31-000-2005-03783-01. Ver también de la misma Sección: sentencia del 31 de enero de dos mil diecinueve 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicado nro. 11001-03-24-000-2007-00405-00.



evidentemente implica que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente «y no simplemente deducida por el actor, o implícita» e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda [Sentencia de 28 de enero de 2010, Rad. 2003-00503-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso].

[...].” (Resaltado de la providencia)

5.4.1.2. En cuanto a los cargos: la participación privada como parte fundamental del diseño del sistema de salud y el juicio de proporcionalidad de los principios de eficiencia y calidad: (artículos 333 y 334 de la Constitución Política).

Para resolver este cargo, la Sala analizará (i) el derecho a la salud de la población reclusa del país⁴³ y (ii) la libertad de empresa en el SGSSS

(i) El derecho a la salud de la población reclusa:

Esta Corporación, en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional⁴⁴, ha dicho que el derecho a la salud previsto en el artículo 49 de la Carta Política reviste un doble carácter, puesto que se trata de un derecho fundamental y un servicio público esencial; y para su garantía, fue creado el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Ley 100 de 1993, que en el artículo 157 lo organizó en los Regímenes Contributivo y Subsidiado⁴⁵, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015⁴⁶, haciendo eco del desarrollo jurisprudencial sobre la materia, señaló:

⁴³ Para ello es importante señalar que el análisis que se hace no comporta el estudio de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, “*Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*”, expedida con posterioridad al decreto acusado.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de enero de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicado nro. 11001 0324 000 2010 000436-00; ver también, Corte Constitucional, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵ “[...] ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. [...]”

⁴⁶ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.



“[...] ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. *El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. [...]”

Adicionalmente, el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud para todas las personas, como un derecho previsto en el citado artículo 49 del texto superior, no es ajena a la población que está privada de la libertad, en razón (i) al valor intrínseco de la dignidad inherente a su condición de ser humano, (ii) al carácter universal, inalienable, indivisible e interrelacionado de los derechos fundamentales y (iii) la “*relación de especial sujeción*” de los internos frente al Estado que les permite, pese a su condición de reclusión y la limitación de algunos de sus derechos, demandar de la administración el goce efectivo y pleno de derechos como la vida, la integridad física y a la salud⁴⁷.

En lo que se refiere a la prestación de los servicios de salud para la población carcelaria, el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 del 19 de agosto de 1993)⁴⁸, antes de la modificación contenida en el artículo 65 de la Ley 1709 de 2014, establecía que cada establecimiento de reclusión debía garantizar su acceso a través de un servicio de sanidad, que podía funcionar con su personal de planta o mediante la celebración de contratos con entidades públicas o privadas (artículo 104⁴⁹); el cual estaba integrado por diferentes profesionales de la salud (artículo 105⁵⁰) y solo se permitía la atención por médicos particulares en casos

⁴⁷ Así lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-193 del 30 de marzo de 2017, M.P. (e) Iván Humberto Escruera Mayolo, reiterando la sentencia T-388 del 28 de junio de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras providencias.

⁴⁸ “[...] **ARTÍCULO 104. SERVICIO DE SANIDAD.** *En cada establecimiento se organizará un servicio de sanidad para velar por la salud de los internos, examinarlos obligatoriamente a su ingreso al centro de reclusión y cuando se decreta su libertad; además, adelantará campañas de prevención e higiene, supervisará la alimentación suministrada y las condiciones de higiene laboral y ambiental. // Los servicios de sanidad y salud podrán prestarse directamente a través del personal de planta o mediante contratos que se celebren con entidades públicas o privadas. [...]”*

⁴⁹ Modificado por el artículo 65 de la Ley 1709 de 2014.

⁵⁰ Modificado por el artículo 66 de la Ley 1709 de 2014.



excepcionales cuando el establecimiento no estaba en capacidad de prestar el servicio (artículo 107⁵¹).

No obstante, la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos advirtió la generalizada vulneración de los derechos de esa población en todo el país; para ello, es importante resaltar algunas de sus providencias, que hacen relación con la obligación del Estado de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, así:

- En la sentencia T-596 del 10 de diciembre de 1992⁵², definió por primera vez la relación de especial sujeción, al sostener que, de los citados derechos de los internos, se “[d]erivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros. [...]” (Se resalta)

- En la sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002, compiló seis elementos definitorios de tal situación⁵³:

“[...] De la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado

⁵¹ Modificado por el artículo 67 de la Ley 1709 de 2014.

⁵² M.P. Ciro Angarita Barón. *La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, como la libertad por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.*

⁵³ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



debe garantizar⁵⁴ de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas). (Se destaca)

- A su turno, en sentencia T-153 del 28 de abril de 1998⁵⁵, advirtió la violación masiva y sistemática de las garantías mínimas de los penados en el país, derivado principalmente de la grave situación de hacinamiento en los centros de reclusión y, como consecuencia de ello, declaró *un estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria*.

- Por su parte, los fallos T-606 y T-607 del 27 de octubre de 1998⁵⁶, señalaron que la inmensa mayoría de la población carcelaria es de escasos recursos y carece de alguna fuente de ingresos, de manera que esas circunstancias, sumados a factores como la referida sobrepoblación de los centros de reclusión, las precarias condiciones de higiene y aseo, así como la desorganización en el sistema de salud, entre otros, conlleva a que se supedite la atención médica y no se garantice su goce efectivo⁵⁷.

Por lo anterior, ordenó al INPEC, en coordinación con los Ministerios de Hacienda, Salud y de Justicia y del Derecho y con el Departamento Nacional de Planeación, iniciar los trámites administrativos, presupuestales y de contratación necesarios *“[p]ara constituir o convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que deberá estar operando plenamente en un término que no podrá exceder del 31 de marzo de 1999 y que cubra a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados. [...]”*

⁵⁴ Cita original de la providencia: “[P]ara la Corte esta garantía debe ser reforzada, ya que el recluso al estar sometido a una relación especial de sujeción, tiene limitado su derecho a escoger opciones y le es imposible autoabastecerse, en este sentido ver la sentencia T-522 de 1992, además se encuentra en un estado de “vulnerabilidad” por lo cual la actividad del Estado en procura de la eficacia de los derechos fundamentales debe ser activa y no solo pasiva, en este sentido ver la sentencia T-388 de 1993, y en el mismo sentido la sentencia T-420 de 1994. Ya que el recluso está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma los beneficios propios de las condiciones mínimas de una existencia digna, así en la sentencia T-714 de 1995, o se encuentra en estado de indefensión frente a terceros, así en la sentencia T-435 de 1997. [...]”

⁵⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵⁶ Corte Constitucional, ambas providencias con ponencia del Magistrado Jose Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁷ En la citada sentencia T- 607 de 1998 se afirmó que “[...] En realidad, siendo de cargo del Estado la permanente e integral atención de los presos frente a las contingencias que por los más diversos motivos pueden presentarse en su salud, no se explica esta Corte porqué se ha omitido la previsión, que parece elemental, de un sistema de seguridad social que cubra adecuadamente la totalidad de los riesgos que aquéllos afrontan y que libere al sistema carcelario de la carga que hoy soporta, en cuya virtud debe desembolsar en cada caso pequeñas o grandes sumas de dinero ante los hechos ya creados de enfermedades o accidentes que exigen servicios especializados, intervenciones quirúrgicas, tratamientos, terapias y suministro de medicamentos, en razón de las obligaciones que asume respecto del personal detenido o condenado, en los términos de esta y anteriores sentencias de la Corte. [...]”



- Por su parte, la sentencia T-233 del 26 de febrero de 2001⁵⁸, recopiló la numerosa jurisprudencia que hasta ese momento había proferido en materia de salud y fijó reglas para el goce efectivo del derecho a la salud de la población reclusa, de las cuales se destacan las siguientes:

(i) ese derecho no puede limitarse en razón de su situación de reclusión puesto que permanece incólume;

(ii) su cuidado y protección corresponde principalmente al Estado (en cabeza del INPEC y los directores de los centros carcelarios), puesto se reconoce la indefensión e imposibilidad de los internos de procurar autónomamente su propia protección;

(iii) dicha garantía debe consistir en brindar a los internos el cuidado médico, entrega de medicamentos, autorización de exámenes de diagnóstico, atención quirúrgica y hospitalaria. Por consiguiente, se conculca cuando se presentan carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios;

(iv) La prestación de los servicios debe ser oportuna, no sólo entendida por la urgencia ante la evolución de la enfermedad, sino también a la atención idónea cuando existe dolor. “[...] Por ende, *“aún en los casos en que la patología admita espera, si el preso sufre dolores intensos la atención médica o farmacéutica debe ser inmediata, por razones humanitarias, de tal manera que la demora en brindarla efectivamente no se convierta en una modalidad de tortura”*. [...]”;

(v) Esa población tiene derecho a ser afiliada a la seguridad social en salud, por lo que instó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a regular un sistema especial para los reclusos, que les garantice una permanente y oportuna prestación de servicios médicos.

En dicho contexto, fue expedida la Ley 1122 del 9 de enero de 2007, “[...] *Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. [...]”, que contiene la norma reglamentada a través del decreto acusado, esto es, el literal m del artículo 14

⁵⁸ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



ibídem, a la cual se hará referencia en el acápite correspondiente al análisis del cargo de falta competencia invocado por el actor.

- Ahora bien, en la sentencia T-388 del 28 de junio de 2013⁵⁹, advirtió que el estado de cosas inconstitucional que declaró en 1998 no era igual al que se encontraba en aquel momento, puesto que constató, entre otros aspectos, (i) que los derechos de los reclusos estaban siendo violados de manera masiva y generalizada; (ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía venían siendo incumplidas de forma prolongada, y (iii) existía una ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que se requerían con urgencia.

- Finalmente, del fallo T-825 del 19 de octubre de 2010⁶⁰, se destaca la reiteración de jurisprudencia, según la cual, el derecho a la salud de esta población debe ser garantizado en el marco de los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad; para el efecto afirmó:

“[...] Cuando una persona es privada de su libertad por parte del Estado, este debe asumir la responsabilidad de garantizar al recluso su derecho a la salud a través de las correspondientes autoridades carcelarias, ello en virtud de que, al verse privada de la libertad, la persona no puede hacer uso espontáneo del Sistema General de Seguridad Social en su régimen contributivo o subsidiado.

El derecho a la salud de la persona que se encuentra privada de la libertad adquiere tres ámbitos de protección: i) el deber del Estado de brindar atención integral y oportuna a las necesidades médicas del interno, y ii) el deber del Estado de garantizar la integridad física del recluso al interior del establecimiento carcelario, y iii) el deber del Estado de garantizar unas adecuadas condiciones de higiene, seguridad, salubridad y alimentación, al interior del establecimiento carcelario.

(...)

Las autoridades carcelarias tienen la obligación de garantizar a los reclusos no solo una atención médica oportuna y eficiente, sino además, deben asegurar que las prescripciones médicas como exámenes, medicamentos, intervenciones, cirugías, o cualquier otro procedimiento requerido por el interno, sean efectivamente realizados.

(...)

Esto cobra mayor relevancia cuando se trata de personas reclusas en centros penitenciarios y carcelarios, pues es indiscutible que la garantía de la dignidad humana y del derecho a la salud se convierten en las condiciones mínimas en las cuales el Estado podrá lograr los fines de la

⁵⁹ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



pena, y esperar así que el recluso, una vez cumpla su condena, pueda reinsertarse de manera exitosa a la sociedad.

El derecho a la salud de las personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios y penitenciarios debe ser garantizada de manera integral, oportuna, eficiente y adecuada por parte del respectivo establecimiento carcelario, y si la atención médica que requiera el interno no puede ser brindada directamente por la sección de sanidad, es deber de las autoridades carcelarias remitir al recluso a los profesionales de la salud requeridos, “de allí que la alusión a la ausencia de recursos económicos o la realización de trámites administrativos como trabas para la satisfacción del derecho a la salud, constituyen, en principio, una vulneración al compromiso adquirido que implica la provisión de todos los elementos técnicos, administrativos y económicos para su satisfacción. [...]” (Se subraya)

(ii) La libertad de empresa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

Como se mencionó líneas atrás, el derecho a la salud también comporta un carácter de servicio público, y como tal, acorde con lo dispuesto por el artículo 365 Constitucional⁶¹, concordante con los artículos 48 y 49 *ibídem*, es inherente a la finalidad social del Estado, de manera que éste debe asegurar su prestación en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, bien sea que lo preste por su cuenta o a través de comunidades organizadas o por particulares; ejercer la regulación, el control y la vigilancia; en cuanto a su régimen jurídico, corresponde al señalado por la Ley 100 de 1993.

Esta ley, definió un sistema mixto de salud, en el que habilitó en la prestación de los servicios de salud a las entidades públicas y privadas, pero se reservó la intervención del Estado de acuerdo con reglas de la libertad de competencia y libertad económica en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Carta Política, según lo prevé el artículo 154 *ibídem*.

Al respecto, la Corte Constitucional⁶² ha precisado que las reglas de la libertad económica y de competencia no son absolutas, puesto que se encuentran limitadas en razón al carácter fundamental del derecho a la salud, así como en las competencias del Estado en la vigilancia y control de ese servicio público; por lo

⁶¹ “**ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)”.

⁶² Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



que la libre competencia en esta materia, sólo puede darse dentro del ámbito fijado por el legislador para el efecto, de manera que la facultad de intervención es mucho más intensa cuando concurren los particulares en la prestación del servicio y se orienta en la preservación de la confianza pública⁶³.

No obstante, como dicha facultad no le permite eliminar el esquema de libre competencia entre particulares y el Estado⁶⁴, en el caso concreto, se deberá establecer si la medida enjuiciada responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha sostenido que⁶⁵, con el propósito de definir si una disposición vulnera el núcleo esencial de las libertades económicas o si la limitación del derecho constituye una decisión constitucionalmente admisible se debe examinar: (i) si la limitación del derecho obedece a una decisión legal; (ii) si la restricción de esos derechos se fundamenta en motivos suficientes que la justifiquen, dentro de los que se encuentra la aplicación de los principios de la seguridad social como la solidaridad, la universalidad o la eficiencia del servicio público en salud; y (iii) si se respetó el principio de proporcionalidad entre la medida y los fines adoptados.

Descendiendo al asunto bajo examen, la Sala observa que el aparte normativo acusado dispuso que la afiliación al Sistema General de Seguridad de Social en Salud en los establecimientos a cargo del INPEC, **se realizaría mediante un subsidio total a través de una entidad promotora del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional.**

Lo anterior permite concluir por la Sala que la norma estableció una clara restricción para las entidades prestadoras de servicios de salud privadas que estuvieran habilitadas para prestar dicha atención en el régimen subsidiado, situación que en principio es abiertamente inconstitucional, en la medida que desconoce la concurrencia de ambos sectores en la prestación de este servicio público; por lo que será menester constatar si la medida definida, como lo afirmó el

⁶³ La Corte Constitucional señaló en dicha sentencia, que la concurrencia en la prestación de los servicios de salud “[s]ólo puede llevarse a cabo bajo la premisa de la garantía de la calidad del servicio y de su efectiva prestación, y que para esta intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud, es intensa, se funda en el modelo del Estado Social de Derecho y se orienta a la preservación de la confianza pública. [...]”

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1158 del 26 de noviembre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1158 de 2008, ídem y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 10 de mayo de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicado nro. 11001-03-24-000-2009-00593-00.



Gobierno Nacional, se enmarca en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Para el efecto se tiene lo siguiente:

(i) El aparte normativo acusado está contenido en el Decreto 1141 del 1 de abril de 2009 y fue expedido en ejercicio de la facultad señalada por el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, así como teniendo en cuenta los artículos 154 de la Ley 100 de 1993 y el literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, éste último, que le impuso al Gobierno Nacional determinar los mecanismos que permitieran **la atención adecuada de los servicios de salud para la población reclusa**⁶⁶.

Para la Sala, la medida prevista por el Gobierno Nacional, en el sentido de limitar la prestación de los servicios de salud de los reclusos del país únicamente a una EPS del Régimen Subsidiado de carácter público, no garantiza *per se* la prestación eficiente, máxime teniendo en cuenta las graves condiciones de vulnerabilidad de los reclusos del país, así como la imposibilidad que tienen de acceder autónomamente a los servicios médicos⁶⁷ y la situación de especial sujeción frente al Estado, que por ende, le impone el deber de asegurar el goce efectivo de este derecho en **igualdad de condiciones y en forma adecuada, digna y oportuna**, conforme con los principios constitucionales que rigen este servicio público.

En ese sentido, excluir a las entidades privadas habilitadas para prestar el referido servicio en las instituciones carcelarias a cargo del INPEC sin una razón justificada, desconoce la libre competencia y los derechos de la población carcelaria para obtener una prestación eficiente del mismo⁶⁸, puesto que sus

⁶⁶ “[...] m) La población reclusa del país se afiliará al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional determinará los mecanismos que permitan la operatividad para que esta población reciba adecuadamente sus servicios. [...]”

⁶⁷ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 8 de junio de 2017, M.P. Eyder Patiño Cabrera, expediente bajo radicado nro. STP8328-2017, haciendo eco de la jurisprudencia constitucional, puntualizó lo siguiente, en cuanto a las circunstancias de reclusión que impide a los penados satisfacer algunos de esos derechos: “[...] El Estado debe satisfacer las necesidades vitales mínimas de la persona privada de libertad, a través de la alimentación, la habitación, la prestación de los servicios de salud, sanidad, entre otros, pues ésta, justamente por su especial circunstancia, está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma tales beneficios. De ahí, que no sobra recordar que la privación de la libertad no puede, de ninguna manera, comprometer aquellos derechos fundamentales a los cuales aquél es acreedor en forma plena, tales como la vida, la integridad personal o la salud [...]” (Subrayado de la providencia)

⁶⁸ Puede verse por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de mayo de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicado nro. 08001-23-31-005-2015-00249-02, en donde se encontró la vulneración de los derechos colectivos, entre otros, a la salubridad pública de los internos reclusos en los establecimientos carcelarios y penitenciarios EC-JP Barranquilla, EPMS-ERE Barranquilla, EC-ERE Sabanalarga y Centro de Rehabilitación Masculino “El Bosque”, ubicados en el Departamento del Atlántico.



condiciones de reclusión le impiden de manera autónoma garantizar la escogencia.

Al respecto, la Sala recuerda que la libertad de competencia no sólo permite la protección de los intereses particulares de quienes participan en la prestación de un determinado servicio público, sino que busca, principalmente, materializar un derecho esencial de los consumidores y usuarios para acceder a éstos con una mayor calidad y mejores precios, que sólo se pueden garantizar en un escenario de sana concurrencia, *“(...) por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan (...)”*⁶⁹.

Además, esta Corporación ha dicho que: *“[L]a intervención económica del Estado (art. 334 C.P.) se exige, pues, no sólo en beneficio de quienes participan directamente en la competencia “en” o “por” el mercado, sino justamente a favor de la parte más débil, el usuario, quien en ese escenario de las leyes de oferta y demanda en el que se desarrollan las relaciones de consumo, se encuentra en una posición de evidente subordinación, desventaja e inferioridad que exige una tutela especial por parte del Estado Social (art. 13 inc. 2 C. N.). [...]”*⁷⁰

En cuanto a la calidad del servicio para la población reclusa, se resalta lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013, que declaró por segunda vez un estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria y explicó⁷¹:

*“[...] 7.9.1.8. La relación especial de sujeción en la que se encuentra una persona privada de su libertad, implica restricciones importantes para acceder a servicios de salud que se requieran con urgencia. Las restricciones son aún más fuertes si se trata de servicios de salud rutinarios, útiles, o de prevención, lo cual conlleva privar a la persona de los medios necesarios para alcanzar los mayores niveles de salud posible. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente: **“En el campo de la salud es claro que, por su misma circunstancia, quien se encuentra privado de la libertad no goza de autonomía -como la persona libre- para acudir al médico cada vez que lo desee o necesite, y que, por lo***

⁶⁹ Citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicado nro. 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP), citando a su vez: *“[PERRY RUBIO, Guillermo. Estado y sector privado en la Constitución de 1991, en Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Primera edición, Bogotá, julio de 1996, Pág. 128 [...]]”*

⁷⁰ Consejo de Estado, radicado nro. 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP), ídem.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2013, ídem.



general, tampoco le es posible escoger a los facultativos que deban examinarlo, tratarlo u operarlo. Ha de someterse a unas reglas generales y predeterminadas, indispensables por razones de organización y seguridad. || Empero, lo anterior no puede significar que se diluya o haga menos exigente la responsabilidad a cargo del INPEC y de los establecimientos de reclusión, o que pueda el sistema desentenderse de la obligación inexcusable de prestar a todos los presos, en igualdad de condiciones, una atención médica adecuada, digna y oportuna. [...]” (Negrita de la Sala)

Por otra parte, la Sala tampoco observa que el propósito del Legislador haya sido definir de manera exclusiva la prestación del servicio público de salud para los reclusos a cargo del INPEC en una única EPS de carácter público del nivel nacional o que, como lo afirmó el Ministerio de Salud y Protección Social, dicha medida condujera al fortalecimiento de las instituciones públicas que integran la red, como sí se previó de manera expresa frente al literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, donde se señaló, ⁷²:

“[...] El Partido Liberal en el literal i) del artículo 16 y esto nos lo aprobó también la bancada mayoritaria, logramos una cosa importante y que yo aspiro Ministro que se mantenga esa propuesta, y es que todos los desplazados y desmovilizados vayan directamente a ser parte de una ARS pública y podríamos hablar concretamente de Caprecom, y ustedes saben el número de desplazados y desmovilizados que hay en este momento en Colombia, ahí le estaríamos haciendo una gran ayuda, estaríamos fortaleciendo el sector público, aquí se generan también mecanismos para la atención de enfermedades de alto costo no incluidas en el POS, en el artículo 17 de nuestra ponencia coincide con la ponencia mayoritaria⁷³.

(...)

Portabilidad. La portabilidad del carné eso es algo importante, en las personas desplazadas van a tener portabilidad nacional, van a tener un carné en donde cualquier parte del país van a poder ser atendidos, en primera instancia se dice que lo, estas personas las afiliemos a la EPS pública del Régimen Subsidiado que en este caso es Caprecom y que tiene una cobertura de todo el país, entonces estamos, en el proyecto viene de que estas personas se van a afiliar a Caprecom, que sería la EPS pública del Régimen Subsidiado. [...]”⁷⁴ (Se subraya)

⁷² El artículo 14, literal i) previó: “(...) Literal **CONDICIONALMENTE** exequible> La afiliación inicial de la población de desplazados y desmovilizados cuyo financiamiento en su totalidad esté a cargo del Fosyga se hará a una Entidad Promotora de Salud de naturaleza pública del orden nacional, sin perjuicio de que preserve el derecho a la libre elección en el siguiente período de traslado. El Gobierno Nacional reglamentará la afiliación de esta población cuando en el respectivo municipio no exista dicha oferta; (...)”.

⁷³ Congreso de la República, Gaceta nro. 39, del 9 de febrero de 2007, página 12, intervención del senador Senador Germán Antonio Aguirre Muñoz.

⁷⁴ Congreso de la República, Gaceta nro. 39, del 9 de febrero de 2007, página 23, intervención del senador Senadora Dilia Francisca Toro Torres.



En ese orden de análisis, no se advierte que la medida objeto de censura obedezca a una decisión que esté soportada legalmente o se trate de una limitación constitucionalmente establecida.

ii) En cuanto a la justificación que tuvo el Gobierno Nacional para proferir al aparte normativo acusado, la Sala no observa que el hecho de que el servicio de salud fuese prestado por la entidad pública del orden nacional permitiera garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud a la población reclusa del país, conforme a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Contrario *sensu*, la nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, ha puntualizado que uno de los factores determinantes que han contribuido en la *“ineficiencia del servicio [público de salud]”* a la población carcelaria, ha sido la reglamentación sobre las entidades encargadas de su prestación directa, refiriéndose específicamente a la limitación contenida en la disposición que ocupa este pronunciamiento.

Así por ejemplo, en la sentencia T-853 del 27 de noviembre de 2013⁷⁵, si bien señaló que el Decreto 1141 de 2009 (que contiene la disposición acusada), constituye una concreción del deber estatal de asegurar la universalidad del sistema de seguridad social en salud, conforme lo expresó esa Corporación en la precitada sentencia T-233 de 2001⁷⁶, y en la que recalcó que *“[l]a existencia de la afiliación a las EPS-S que determine el Estado no puede dar lugar a que se presenten barreras administrativas para la prestación del servicio entre las autoridades penitenciarias y el Inpec [...]”*⁷⁷.

Por su parte, en la sentencia T-287 del 1 de junio de 2016⁷⁸, el Tribunal Constitucional, al referirse a la normativa que se encontraba vigente en ese momento y que regulaba la prestación de los servicios de salud a los reclusos del país, señaló que tal limitación, que inicialmente preveía el Decreto 1141,

⁷⁵ M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, ídem.

⁷⁷ Reiterando la sentencia de esa Corporación T-825 del 19 de octubre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-287 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, reiteró la sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, que profirió esa Corporación con ponencia de la misma magistrada, en la que afirmó: *“[L]os servicios de salud mínimos, de los que ha tratado este apartado, deben prestarse a través de las EPS-S, de forma tal que cuando hasta ahora solo una -CAPRECOM- se encarga de ello, deberá promoverse la diversificación de prestadoras, con el fin de fomentar la prestación de un servicio de calidad. [...]”* (Se destaca)



determinó que CAPRECOM (hoy liquidada) asumiera dicha obligación; pero que fueron “(...) *los desarrollos legislativos y jurisprudenciales posteriores [los que] promovieron la diversificación en la contratación de entidades ‘con el fin de fomentar la prestación de un servicio de calidad’ (...)*” (Se resalta)

Así las cosas, teniendo en cuenta que, por una parte, al Estado le corresponde garantizar por todos los medios necesarios el acceso a los servicios de salud para los internos de los centros penitenciarios y carcelarios en condiciones oportunas, adecuadas, eficientes y continuas; y por otra, que dicha población depende de la prestación que ofrezca la EPS contratada dentro de establecimientos carcelarios en los que se encuentren reclusos⁷⁹, la Sala considera que una medida restrictiva como la consignada en el dispositivo normativo que se acusa, constituye una limitación injustificada que se contrapone a los principios que rigen el SGSSS, y que por consiguiente, pone en un riesgo mayor no sólo su derecho a la salud, sino a la vida digna, entre otros, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como de esta Corporación.

Tampoco son de recibo los argumentos del Ministerio de Justicia y del Derecho en los que sostuvo que la norma cuestionada resulta válida por cuanto no elimina la participación de las EPS privadas, bajo la premisa que pueden prestar los servicios dentro del régimen contributivo, toda vez que, si bien el parágrafo primero del artículo 2 del Decreto 1141 de 2009, señala que la población reclusa conserva su afiliación a dicho régimen, es claro que la inmensa mayoría de los internos carecen de recursos, como lo anotó la Corte Constitucional.

(iii) Lo anterior conlleva afirmar que no se respetó el principio de proporcionalidad entre la medida adoptada y los fines perseguidos, ni el medio escogido está autorizado por la Carta Política.

6.4.1.3. Sobre el cargo del derecho a la igualdad:

Para resolver este cargo, la Sala acudirá al test de igualdad definido por la Corte Constitucional⁸⁰ y para el efecto se tiene lo siguiente:

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-127 del 9 de marzo de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁰ La Corte Constitucional en la sentencia C-015 del 23 de enero de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, señaló que: “[E]l juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la



(i) Existen dos tipos de sujetos susceptibles de comparación, como lo son: a) La Empresa Promotora de Salud en el Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional; y b) las EPS de naturaleza pública que no tienen el carácter nacional, así como las EPS de origen privado; todas ellas concurren en principio en las mismas condiciones como actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

(ii) De la literalidad del aparte normativo demandado, se colige con claridad que da un trato injustificado a las últimas, puesto que las excluye de la posibilidad de prestar los servicios de salud a la población reclusa en los establecimientos a cargo del INPEC.

Para la Sala, el tratamiento desigual, tal como se concluyó en el cargo anterior, no obedece a un fin constitucional y legalmente justificado, razones suficientes para que, en consonancia con lo señalado en el cargo anterior, las pretensiones de la demanda tengan vocación de prosperidad.

5.4.1.4. Finalmente, respecto al cargo de falta de competencia, el mismo no puede prosperar, comoquiera que el decreto que contiene la disposición cuestionada fue proferido por el Ministro del Interior y de Justicia Delegatario (hoy Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia y el Derecho), en ejercicio de las funciones presidenciales conferidas por el Decreto 01041 de 2009⁸¹ y de la facultad otorgada por el literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso que, “(...) *La población reclusa del país se afiliará al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional determinará los mecanismos que permitan la operatividad para que esta población reciba adecuadamente sus servicios (...)*”, de donde se colige que el Gobierno Nacional sí tenía la competencia para reglamentar la materia.

6. Conclusión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que, al haberse establecido en el artículo 2 del Decreto 1141 de 2009 el deber de afiliación de la población reclusa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud solamente a través

diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución [...]

⁸¹ Por el cual se delegan unas funciones constitucionales.



de una EPS pública del orden nacional, se trató de una medida restrictiva de la libertad de empresa y libertad económica de las demás instituciones prestadoras del servicio de salud, lo que a su vez ocasionó un trato desigual e injustificado.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de la expresión “(...) de naturaleza pública del orden nacional (...)” prevista en el inciso primero del artículo 2 del Decreto 1141 de 2009.

Por último se reconocerá personería a la profesional del derecho Marcela Ramírez Sepúlveda, identificada con cédula de ciudadanía nro. 51.561.031 y tarjeta profesional nro. 57.775 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del poder conferido visible a folios 378 a 388 del cuaderno único, como apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés, y en consecuencia, separarlo del conocimiento del asunto, según las razones explicadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la expresión “(...) de naturaleza pública del orden nacional (...)”, contenida en el inciso primero del artículo 2 del Decreto 1141 de 2009.

TERCERO: Reconocer personería a la abogada Marcela Ramírez Sepúlveda, identificada con cédula de ciudadanía nro. 51.561.031 y tarjeta profesional nro. 57.775 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con los documentos que obran a folios 378 a 388 del cuaderno único.

En firme esta decisión, archívese el expediente.



La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado