TOMO 1

Universidad Externado de Colombia
135 Años

22 años
JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

# DERECHO ADMINISTRATIVO SANITARIO

## Derecho a la salud, salubridad pública y condiciones sanitarias de las ciudades




**EDITORES**

· Jorge Iván Rincón Córdoba
· Nicolás Cabezas Manosalva

**AUTORES**

· Samuel Baena Carrillo
· José Luis Benavides
· Bernardo Carvajal Sánchez
· Guillermo Andrés Chang Chuyes
· Sergio Alejandro Chemás Vélez
· César Cierco Seira
· Diego Felipe Contreras Pantoja
· Juan Carlos Covilla Martínez
· Sergio González Rey
· Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán
· Pedro Alfonso Hernández
· Mónica Liliana Ibagón Ibagón
· Roberto Carlos Insignares Gómez
· Germán Lozano Villegas
· Nuria Magaldi
· Hugo Alberto Marín Hernández
· María Raquel Molina Otero
· Susana Mosquera
· Andrés Fernando Ospina Garzón
· Juan Carlos Peláez Gutiérrez
· Camilo Perdomo Villamil
· Julián A. Pimiento Echeverri
· Paula Robledo Silva
· Mónica Sofía Safar Díaz
· Alexander Sánchez Pérez
· Orlando Vignolo Cueva

Universidad Externado de Colombia
135 Años

JORGE IVÁN
RINCÓN CÓRDOBA
NICOLÁS
CABEZAS MANOSALVA
(EDITORES)

# DERECHO ADMINISTRATIVO SANITARIO

## TOMO I
## DERECHO A LA SALUD, SALUBRIDAD PÚBLICA Y CONDICIONES SANITARIAS DE LAS CIUDADES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

*Derecho administrativo sanitario. Tomo I, Derecho a la salud, salubridad pública y condiciones sanitarias de las ciudades* / Cesar Cierco Seira [y otros] ; Jorge Iván Rincón Córdoba, Nicolás Cabezas Manosalva (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.
1082 páginas : ilustraciones, gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587906479

1. Salud pública -- Colombia 2. Salud pública -- Aspectos jurídicos – Colombia 3. Derecho a la salud -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Salud pública -- Aspectos jurídicos – Perú 5. Derecho administrativo – Colombia 6. Derecho sanitario – Colombia 7. Protección de los derechos fundamentales -- Colombia I. Rincón Córdoba, Jorge Iván, editor II. Cabezas Manosalva, Nicolás, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.

agosto de 2021

ISBN 978-958-790-647-9
e-ISBN 978-958-790-648-6

© 2021, JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA Y NICOLÁS CABEZAS MANOSALVA (EDITORES)
© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

# *Régimen jurídico del servicio de salud asumido directamente por el Estado*

JOSÉ LUIS BENAVIDES

SUMARIO

Introducción. I. Caracterización actual del servicio público. II. Concepción del servicio público de la salud en la Ley 100 de 1993. A. El servicio público y la competencia. B. Refuerzo del derecho fundamental a la salud. III. Régimen jurídico de competencia regulada. IV. Particularidades del régimen jurídico derivadas de la prestación directa del servicio por el Estado. A. Libertad en la organización de la empresa, limitada (incompatible) con las ESE. B. Limitaciones de la iniciativa privada de las empresas públicas. C. Régimen de contratación. Conclusiones. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

En la estructura de la Ley 100 de 1993, el servicio público de salud es prestado por las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) que, en el caso de las públicas, corresponde a los hospitales, organizados en empresas sociales del Estado (ESE). La apertura del sistema de salud al sector privado introdujo la concurrencia y competencia de actores privados y públicos en la prestación del servicio, razón por la cual la misma ley estableció el régimen jurídico de derecho privado en la contratación de las empresas sociales del Estado (art. 195.6). ¿Podría deducirse de ello que el régimen jurídico del servicio de salud prestado por estas empresas es igualmente de derecho privado? En principio, la respuesta sería afirmativa. La Ley 100 de 1993 no regula un régimen particular del servicio de salud cuando es prestado por las empresas sociales del Estado, a diferencia de otros temas puntuales, en los que sí establece particularidades de su régimen jurídico, originadas en su condición de instituciones públicas, como la vinculación laboral de su personal (núms. 4.º y 5.º), su régimen presupuestal (núms. 7.º y 8.º) y de tributación nacional (núm. 9.º). Pese a la ausencia de regulación del servicio, debe tenerse presente que las empresas sociales del Estado están incluidas en la regulación general de las entidades públicas (Ley 489/1998), que las ubica en el sector descentralizado por servicios de la administración (art. 38.2.d) y art. 68), estableciendo que a ellas se aplica lo previsto en esa ley, en los aspectos no regulados por las leyes especiales (art. 83). Por consiguiente, les es aplicable la concepción general de las empresas del Estado que, funcionando en competencia con el sector privado, ven limitadas sus prerrogativas y privilegios públicos a los que no "impliquen menoscabo

de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas" (art. 87), lo que también resulta consecuente con la concepción de supresión de monopolio público en la seguridad social, a la base misma de la concepción de la Ley 100 de 1993.

No obstante, el acercamiento del régimen de las empresas sociales del Estado al funcionamiento de sus competidores privados no lleva, necesariamente, a la conclusión de la aplicación generalizada del derecho privado al régimen de los servicios de salud prestados por estas empresas. La dicotomía maniquea: derecho público / derecho privado no corresponde a la realidad del derecho contemporáneo en el que su generalizada constitucionalización ha comportado enormes cambios en el derecho privado, acentuados, además, por la influencia del derecho convencional. Y, en cuanto al derecho administrativo, la influencia internacional y la profusión planetaria de los modelos neoliberales, profesados desde el final de los años 80 del siglo pasado, han alterado profundamente las concepciones y funcionamiento de las instituciones públicas, con la consecuente revalorización de principios, dinámicas y herramientas del derecho privado aplicados a la gestión pública. Esta dinámica está particularmente presente en los servicios públicos y, entre ellos, en los servicios sujetos a la competencia del mercado, donde se materializan diversas tensiones renovadas entre intereses públicos e intereses privados. Más allá de la dicotomía derecho público / derecho privado, la evolución plantea equilibrios y compromisos complejos entre el interés general y la concreción de derechos esenciales (por no decir fundamentales) de la población, como esencia y justificación de los servicios públicos, por una parte y, por otra, la promoción y protección de valores que también son hoy colectivos, pero de concreción y esencia individualista, como son el mercado, la libre competencia y la libertad de empresa.

Determinar el régimen jurídico del servicio público de salud asumido directamente por el Estado exige así dimensionar la caracterización general del servicio público en esta época de alta concurrencia económica, que también ha generado la necesidad esencial de un poder regulador del Estado, para no abandonar el servicio a las fuerzas del mercado (1). Las concepciones ambivalentes del Estado en nuestra Constitución de 1991 abrieron el abanico de las posibles concepciones del servicio público y, en particular, del sistema de seguridad social en la salud. La Ley 100 de 1993 planteó el enorme reto del cambio sustancial en la concepción del servicio, fundado en la libre competencia regulada, para asegurar el servicio universal. Las

tensiones entre el mercado y los derechos de los "usuarios" del servicio de la salud reflejarían las limitaciones y disfuncionamientos del sistema, las crisis repetidas de la salud, el activismo judicial y las reformas legislativas, para lograr finalmente la afirmación del derecho fundamental a la salud, determinante del régimen jurídico del servicio (II). Estas condiciones generales del servicio permiten identificar el régimen jurídico al que están sujetas las instituciones que lo prestan directamente. En un ambiente de competencia, el régimen será común a las instituciones privadas o públicas (III). No obstante, las restricciones y particularidades de toda institución pública, así como la dinámica económica del funcionamiento del sistema general, ponen de presente cargas importantes de las instituciones públicas en su régimen jurídico de atención del servicio público de la salud (IV).

## I. CARACTERIZACIÓN ACTUAL DEL SERVICIO PÚBLICO

La noción inicial del servicio público, a comienzos del siglo XX, se fundó en las actividades de interés general connaturales al Estado, al punto que la *escuela del servicio* público de León Duguit centralizó en la noción del servicio público la definición misma del derecho administrativo[1]. Las crisis recurrentes de la noción, iniciadas de manera temprana con la ampliación de servicios de carácter industrial y comercial del Estado, no borrarían la importancia de la presencia del Estado en la caracterización de la figura. Luciano Parejo describe que en los años 50 del siglo pasado el Tribunal Supremo español enunciaba la concepción como "conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general", lo que conllevaba la titularidad misma del servicio en la administración pública. Sin perjuicio de la posible participación del sector privado, la noción conlleva el carácter monopolístico de servicio, cuya titularidad pertenece al Estado. El carácter subjetivo del servicio estaba incluso presente en 1989, cuando el Tribunal Supremo español lo definía como: "actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma

1 ALBERTO MONTAÑA PLATA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 126 ss.

directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua"[2].

Las grandes transformaciones de la concepción del Estado y de la administración, acentuadas al final de la década de los 80, introducirían cambios sustanciales en esta noción, para centrarla en el contenido objetivo de la actividad de interés general que no exigía, necesariamente, el monopolio público. La apertura de actividades tradicionalmente consideradas monopolio público permitió no solo la participación sino la iniciativa privada, lo que determinó la transformación profunda del servicio, al punto, incluso, de anticipar la supresión de la noción de *servicio público*, diluida en la importancia económica de los servicios en los que las condiciones de competencia e iniciativa privada reemplazarían la presencia del Estado, y las dinámicas del mercado reemplazarían las viejas nociones del servicio público de continuidad, regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad y adaptación, por la eficiencia, el progreso técnico, la expansión y los precios bajos, inherentes al juego dinámico de la libre competencia.

No obstante esta fuerte dinámica económica acentuada en Europa por la construcción del mercado común de los años 90, el servicio público no desapareció. Los *servicios de interés general* o *servicios de interés económico general* del derecho comunitario europeo buscan compaginar el mercado con el interés público. Para la Comisión Europea, estos servicios comportan obligaciones especiales que pueden imponer las autoridades a escala nacional o regional[3]. Los valores públicos vehiculados en ciertos servicios marcan la diferencia esencial en el espacio europeo, por cuanto, si estos valores públicos no existen, la apertura al sector privado y la concurrencia serán reforzadas, con el objeto de preservar las dinámicas del mercado, incluso con la participación del sector público, en condiciones de igualdad, como lo consagra el artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea.

En 1996, en plena expansión del mercado común, Tomás Ramón Fernández[4] exponía su preocupación por el régimen derogatorio de las empresas públicas, fruto del tratado de Maastricht y su sometimiento a las normas

---

2 T. S., Sentencia 24/10/1989, RJ 1989/8390.

3 Luis Martín Rebollo, "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras", en David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, unam, México, 2008, p. 371.

4 Tomás Ramón Fernández, "Empresa pública y servicio publico: el final de una época", *Revista española de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, n.° 89, 1996, pp. 37-48.

de competencia, y destacaba la importancia de un reporte del Consejo de Estado francés de 1994: *Servicio público: declive o renovación*[5], en el que se recuperaba la noción de Duguit definiéndolo como la

> ... actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de dicha actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.

Por su parte, Luciano Parejo encontraba en el análisis del Tribunal Constitucional español sobre la radio y televisión un referente y limitante trascendente de la autonomía del legislador en la regulación de servicios. La presencia de derechos fundamentales, como, en este caso, la garantía de la información libre y pluralista, legitima y exige la calificación de servicio público, en el que el interés público y el aseguramiento de derechos delimitan las intervenciones del Estado[6].

Al comienzo de este siglo, se consolidaba en el derecho europeo la noción de *servicio universal*, definido como "el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles"[7]. Las condiciones de continuidad, regularidad, adecuación al progreso técnico, igualdad de condiciones y precios de estos servicios no son aseguradas por la dinámica espontánea y natural del mercado, sino por el régimen jurídico administrativo especial que comporta orientaciones y controles especiales del Estado. Sin el monopolio y titularidad exclusiva del Estado, el servicio público sigue teniendo como componente esencial la presencia activa del Estado para preservar condiciones y valores públicos y derechos fundamentales que no son propios de la concurrencia del mercado.

Nuestra concepción constitucional del Estado social de derecho integra finalidades esenciales de servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general y efectividad de derechos, explícitamente consagrados en la

---

5 Conseil d´État, *Rapport public, services publics: déclin ou renouveau?*, 1994.

6 Luciano Parejo Alfonso, "Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros", *Revista de derecho de la Unión Europea,* Colex, Madrid, n.° 7, 2.° sem. 2004, p. 54.

7 Luis Martín Rebollo, *op.cit.,* p. 372.

Carta (art. 2.º), que determinan el sentido de los servicios públicos, al punto que la Corte Constitucional identifica su presencia "cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección y realización de derechos fundamentales"[8-9]. El Constituyente parte de la actividad económica vinculada de los servicios públicos, al incluirlos dentro de la concepción del régimen económico del Estado (título XII de la carta), destacando, en el capítulo que les destina a ellos (cap. 5), que constituyen parte de la finalidad social del Estado, al punto de considerarlos inherentes a ella, con el deber del Estado de *asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*, y por ello siempre *mantendrá su regulación, el control y la vigilancia*, sin perjuicio de que puedan ser prestados por los particulares (art. 365). Estas condiciones generales de los servicios públicos se encuentran reforzadas en el servicio de salud, como concreción de las finalidades sociales del Estado hacia *el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población*, al punto de elevar a objetivo fundamental de la actividad del Estado *la solución de las necesidades insatisfechas de salud* y darle *prioridad en los planes y presupuestos* en los diversos órdenes territoriales sobre cualquier otra asignación (art. 366).

La calificación de servicio público comporta así la identificación de ciertas actividades por el interés general involucrado en ellas, al vincular el logro de finalidades esenciales del Estado para el mejoramiento de la calidad de vida de la población, lo que conlleva un régimen jurídico particular, frente a otras actividades económicas, con poderes y deberes reforzados del Estado. Pero, además, en ciertos servicios como la salud, esta caracterización se encuentra acentuada por su condición de servicio prioritario.

## II. Concepción del servicio público de la salud en la ley 100 de 1993

La caracterización general del servicio público y la responsabilidad reforzada del Estado en su funcionamiento no significó que el Constituyente de 1991 hubiese vuelto a una concepción monopolística de su prestación a cargo del Estado. El contexto neoliberal que acompañó la concepción de la

---

8 Corte Constitucional, Sentencia C-450/95.

9 Álvaro Echeverri Uruburu, "La noción del servicio público y el Estado social de derecho. El caso colombiano", *Novum jus*., vol. 7, n.° 2, Bogotá, 2013, p. 114.

arquitectura constitucional forjó un sistema abierto en el que la economía de mercado es un supuesto de la ordenación económica, apoyada en la propiedad privada (arts. 58, 51, 332) y en la libertad de empresa (art. 333), al mismo tiempo que se protege el trabajo como derecho de libertad y como deber (arts. 25 y 26). Explicando la diferencia entre sistema y modelo, donde este último plantea una concepción específica, mientras que primero define parámetros generales en los que caben muchos modelos, Magdalena Correa pone de presente cómo la economía de mercado es pieza integrante y principal del conjunto de normas económicas de la Constitución, como lo ha considerado la Corte Constitucional[10], pero, al mismo tiempo, es un sistema abierto, una fórmula en blanco, por cuanto el contenido y alcance de la *economía de mercado* no está definido en la Carta y es cambiante[11]. La concepción específica del servicio público de salud y su régimen jurídico no se encuentran así definidos en la Constitución, pese a los valores, finalidades y deberes generales destacados antes. La concreción es una competencia del Legislador, como incluso lo prevé explícitamente la Carta (art. 365). La Corte Constitucional así lo ha explicado:

> Dentro del marco constitucional el Legislador puede recurrir a distintos modelos o diseños para concretar estos derechos prestacionales en un determinado sistema de seguridad social. La Constitución no opta por un sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público, ni por un sistema puramente privado, cuando, en su artículo 48, señala que la seguridad social puede ser prestada *"por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley"*.
>
> Las cláusulas de la Constitución que establecen el deber del Estado de proporcionar a los ciudadanos un servicio eficiente de salud, son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza el Estado constitucional de derecho. El Estado puede optar por distintos sistemas o modelos de seguridad social en salud, lo que corresponde a la órbita propia de la valoración política del legislador, y mientras se respete el núcleo esencial de las libertades públicas y de los derechos fundamentales y se funden en un principio de razón suficiente, dichas opciones

10 Corte Constitucional, Sentencia C-535/97.

11 Magdalena Correa Henao, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 126.

> son legítimas y no son susceptibles de eliminarse del ordenamiento jurídico por la vía de la inconstitucionalidad[12].

En este contexto constitucional, la Ley 100 de 1993 definió una concepción del servicio de salud bajo las tendencias neoliberales de la época (A), lo que generó un conflicto de valores entre el mercado y los derechos fundamentales, en el que el activismo judicial reforzaría la importancia de estos últimos, propiciando reformas legislativas que culminarían con la afirmación clara del derecho fundamental a la salud (B), base esencial del régimen jurídico del servicio.

### A. EL SERVICIO PÚBLICO Y LA COMPETENCIA

En un recuento de la evolución de la gestión de la salud en la primera mitad del siglo XX, marcada aún por la concepción higienista, que concebía la enfermedad como la consecuencia de la exposición a condiciones ambientales inadecuadas, corregibles con medidas higiénicas, Mario Hernández[13] identifica un primer período paternalista (1910-1929), fundado en la caridad pública y privada, caracterizado por la beneficencia de la iglesia, la política de higienización, con la atención de trabajadores y campesinos por vía patronal, y el ejercicio privado de la actividad de los médicos. Un segundo período (1930-1938) estuvo marcado por las políticas sociales, laborales y de salud pública que rodearon la reforma constitucional de 1936, con la instauración del sistema de previsión y seguridad social, y la creación del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, para avanzar en un proceso de modernización e industrialización en una tercera etapa (1939-1946), con la creación de instituciones de salud[14].

Elsy Luz Barrera complementa esta evolución después de los años 50, que podría sintetizase en la calificación de los hospitales como *instituciones de utilidad común*, con financiación estatal por medio de auxilios, sin compensación, con la paulatina incorporación de planificación en salud, por la

---

12 Corte Constitucional, Sentencia C-616/01.

13 Mario Hernández Álvarez, *La salud fragmentada en Colombia, 1910-1946*, Instituto de Salud Pública, Universidad Nacional del Colombia, Bogotá, 2002.

14 Mario Hernández Álvarez (dir.), *La OPS y el Estado colombiano. 100 años de historia 1902-2002. Un análisis crítico de la historia de los sistemas de salud en Colombia para el siglo XX*, Lilacs, Bogotá, 2002.

influencia internacional, para llegar a los años 60, con el Plan Decenal de Salud para las Américas de 1963 de la Alianza para el Progreso, del presidente Kennedy, bajo la concepción de que "una población sana y activa es fundamental para la economía y el progreso social. La salud es, por tanto, componente esencial del desarrollo y del nivel de vida. Los fondos que se erogan para el cuidado de la salud representan una inversión, una fuente de productividad y no un gasto"[15]. A partir de 1966, estaría más presente la asunción de la responsabilidad del Estado en la prestación y financiación de la salud, lo que permitiría la paulatina estructuración del Sistema Nacional de Salud, a partir de la reforma constitucional de 1968, con los servicios seccionales de salud, el Plan Nacional Hospitalario de 1969 y la regionalización de los servicios con cuatro niveles de atención médica.

Los años 80 marcarían la orientación actual, cuando el Banco Mundial calificó la ineficiencia y dispersión de recursos, y la necesidad de una reforma que incluyera cobros a los usuarios, toma de seguros frente a riesgos, descentralización de los servicios y empleo de recursos no gubernamentales[16]. La Ley 10 de 1990 seguiría esta línea, al reorganizar el Sistema Nacional de Salud, buscando la necesidad de mejorar los niveles de eficiencia en el uso de los recursos, mayor descentralización hacia los departamentos y municipios, afirmando un elemento trascendente: por primera vez la salud se elevó a rango de servicio público, con la obligación correspondiente del Estado de garantizar su prestación, cobertura, calidad y oportunidad, su deber de formular políticas públicas y asegurar su prestación, directamente o a través de particulares, con las consecuentes obligaciones de vigilancia, intervención y control.

Esta apretada síntesis indica la evolución de la atención de la salud a partir de caridad, a cargo de la iglesia y las instituciones públicas de beneficencia, para institucionalizarse precariamente con la creación de entidades públicas que asumieron la responsabilidad de la seguridad social, como reflejo de la transformación del Estado, sin llegar a una situación mínimamente satisfactoria[17]. En 1991, las 1.094 cajas o programas de previsión en el país

---

15 Elsy Luz Barrera, *La salud en Colombia. Entre el derecho a la salud y la racionalidad económica del mercado, 1993-2015*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 199.

16 *Ibid.*, p. 204.

17 Mónica Uribe Gómez, "Entre la beneficencia y la asistencia pública", *Revista del Departamento de Trabajo Social*, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional del Colombia, Bogotá, n.° 8, 2006, pp. 37-44.

atendían tan solo al 20,6 % de la población[18]. Otras cifras indican que hacia 1993 solo 23 % de la población contaba con cobertura en salud, 20 % no tenía acceso a ningún tipo de servicios y 10 % era atendida por prestadores privados[19]. La baja cobertura en servicios, la escasa y mala distribución de recursos en gastos onerosos de funcionamiento de hospitales públicos y la baja cobertura de riesgos profesionales y de pensiones auspiciaron el cambio estructural frente a toda la seguridad social[20].

La respuesta fue parte de las transformaciones estructurales del Estado, originadas en las orientaciones internacionales de los años 90 y, específicamente, de la banca multilateral. Al análisis mencionado del Banco Mundial se sumó la impulsión del Banco Interamericano de Desarrollo, fruto de la más general reorientación del significado de la política social, estimulada en toda Latinoamérica por el llamado "Consenso de Washington" entre las entidades financieras internacionales, que proponía cambiar la concepción del subsidio de la oferta de servicios, representado en el gasto público institucional, por la reducción de las responsabilidades directas del Estado, mediante la mayor descentralización, la provisión de servicios focalizados con la ampliada participación del sector privado y el subsidio preferentemente a la demanda[21].

Frente a los sistemas nacionales o únicos de salud, basados en la universalidad del derecho, financiados por el Estado, la tendencia fuerte latinoamericana fue la adopción de la apertura estructural a la participación privada, mediante un sistema de aseguramiento fundado en el pluralismo estructurado y la competencia regulada[22]. En la concepción de la Ley 100 de 1993 el servicio se organiza a partir del aseguramiento a las empresas promotoras de salud (EPS), quienes deben garantizar un paquete de servicios básicos contenidos en el plan obligatorio de salud (POS[23]), mediante instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS). El POS se financia mediante una

---

18 Elsy Luz Barrera, *op. cit.*, p. 206.

19 Rodrigo Uprimny y Juanita Durán, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*, Cepal, Bogotá, 2014, p. 8.

20 Fred G. Manrique-Abril, Juan M. Ospina Abel y F. Martínez-Martín, "La salud: ¿servicio público o derecho fundamental?", *Revista Salud Historia Sanidad*, 3(2), Bogotá, 2008.

21 Rodrigo Uprimny y Juanita Durán, *op. cit.*, p. 9.

22 Jaime León Gañán Ruiz, "Derecho a la salud y mercado. Casos Colombia y Latinoamérica", *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. LXXI, n.° 157, 2014, p. 140.

23 Sustituido por el Plan de beneficios, con el desarrollo de la Ley estatutaria de la salud (Ley 1751/2015).

prima de aseguramiento (unidad de pago por capitación, UPC), que proviene de los recursos del régimen contributivo, constituido por los aportes de empleadores y trabajadores dependientes e independientes, y del régimen subsidiado, constituido por recursos públicos.

En el Sistema, el servicio público de salud es asumido, de manera indirecta, por las EPS, a las que se afilian los usuarios de los regímenes contributivo y subsidiado. Las EPS, que pueden ser públicas, privadas o mixtas, se encuentran en competencia, por cuanto los usuarios de los dos regímenes escogen a cuál se afilian. El servicio que ellas prestan es indirecto, por cuanto, como lo indica su nombre, tan solo promueven la prestación del servicio a través de las IPS que, también como lo indica su denominación, son las prestadoras directas del servicio, mediante vínculos contractuales con las EPS.

El servicio público de salud asumido directamente por el Estado está así a cargo de las IPS públicas, que se encuentran en competencia con otras IPS de carácter privado, público o mixto. La Ley 100 de 1993 destina un capítulo a la descripción genérica de las instituciones prestadoras de servicio de salud (cap. II, arts. 185-193), en el que les asigna la función de "prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios" (art. 185), bajo principios básicos de calidad y eficiencia, en libre concurrencia entre ellas. El capítulo siguiente de la ley está destinado a las IPS públicas, empresas sociales del Estado, que son las instituciones mediante las cuales la Nación y las entidades territoriales prestan directamente los servicios de salud (cap. III, arts. 194-197). El servicio es así prestado bajo un régimen jurídico común, frente a las instituciones privadas, en un ambiente de competencia entre las diversas IPS.

Los críticos de la Ley 100 de 1993 destacan que en este régimen del servicio y el Sistema, en general, cedió en exceso a los lineamientos de los organismos económicos internaciones, preocupados por el equilibrio fiscal, que propició "un modelo económico en salud con énfasis en el mercado en el que la administración de los recursos se entrega a las empresas promotoras de salud quienes contratan y gestionan la atención en salud con los prestadores privados y públicos con altos costos de transacción el sistema"[24]. El Sistema tiene así "un enfoque predominantemente económico, con énfasis en el mercado, la focalización de subsidios y el manejo de riesgos individuales,

24 Elsy Luz Barrera, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

buscando prioritariamente la eficiencia financiera, en detrimento de la equidad y de la calidad en la prestación de los servicios"[25].

El régimen jurídico y económico en concurrencia entre operadores privados y públicos exigía una presencia fuerte y eficaz del Estado, que hiciera realidad su deber y responsabilidad constitucionales de asegurar la prestación del servicio de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, dado su carácter inherente a la finalidad social del Estado (CN, art. 365), y el objetivo fundamental del Estado social de lograr la solución de necesidades insatisfechas de salud (art. 366). Pero el Sistema se vio capturado por los operadores y el Estado se mostró débil en el control. El Sistema estimula la gestión de las promotoras de salud centrada en dinámicas financieras en las que el amplio acceso a la salud y la calidad del servicio atentan contra la rentabilidad de su actividad[26].

### B. REFUERZO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

¿El régimen jurídico flexible habría así desequilibrado la balanza a favor del mercado, en detrimento de servicio público de salud?

Prontamente, el disfuncionamiento y las expectativas frustradas de atención universal ordenadas en la Carta Política (art. 49) generaron acciones judiciales de tutela, afirmando la calificación de derecho fundamental del derecho a la salud. Las decisiones de la Corte Constitucional y las reiteradas crisis propiciarían cambios legislativos.

Las primeras decisiones de tutela afirmaron con algo de timidez el derecho, al ampararlo por su conexión con el derecho fundamental a la vida[27] y considerar que el derecho a la salud solo fue calificado de fundamental con respecto a los niños (CN, art. 44)[28]. Se ha destacado así la contradicción de la Constitución por cuanto, pese a la importancia del derecho a la salud a cargo del Estado (CN, art. 49) y su finalidad inherente al Estado social de derecho (CN, art. 365), la carta no lo lista como derecho fundamental, al ubicarlo

---

25 *Ibid*., p. 45.

26 GINA YULEISI GUERRERO VALLEJO, "El derecho fundamental a la salud y las falencias del Sistema en el Estado colombiano a partir de la ley 100 de 1993", *Revista Iter Ad Veritatem*, Universidad Santo Tomás, Tunja, vol. 13, 2015, pp. 51-71.

27 Corte Constitucional, Sentencia T-406/94.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-484/92.

en el capítulo de derechos sociales, cuya exigibilidad no es inmediata, y constituyen más un derrotero, de logro progresivo por parte del Estado. Se destaca así que la prestación efectiva está concebida desde el punto de vista del servicio público y no desde la exigibilidad del derecho fundamental[29].

No obstante, también se ha puesto de presente la consagración del derecho, no solo a nivel constitucional sino también en los instrumentos internacionales, vinculantes para el Estado. La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 consagra el derecho humano a la salud (art. 25.1) y la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) prescribe que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" (art. 11). El Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales (Pidesc) establece "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12.1); el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) determina los componentes esenciales del derecho a la salud, y el Protocolo de San Salvador de 1988, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce a la salud como un *bien público* al que tiene derecho toda persona, y lo define como "el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social" (art. 10)[30].

Además, desde el punto de vista constitucional, el derecho fundamental se encuentra en una lectura sistemática de la carta: el artículo 48 establece el carácter obligatorio de la seguridad social, como servicio público en el que el Estado tiene la dirección, coordinación y control, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que se refuerza en el artículo 49, que además impone al Estado el deber de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, así como la definición de políticas y el ejercicio de vigilancia y control, cuando el servicio es prestado por los particulares. Los servicios públicos son calificados por el Constituyente como inherentes a la finalidad social del Estado, de lo que se derivan los deberes del Estado en el logro de la prestación eficiente

---

29 Fred G. Manrique-Abril, Juan M. Ospina Abel y F. Martínez-Martín, *op. cit.*

30 Óscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie DESC, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 24.

del servicio a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365), siendo objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades insatisfechas de salud, para lo cual el gasto público de las diversas entidades territoriales ha de darle prioridad[31].

El conjunto de prescripciones de la carta de 1991 ha llevado a considerar que

> Por primera vez en la historia constitucional de Colombia se consagró el derecho a la seguridad social. Se convierte entonces en el "ideal de protección de toda la población contra las necesidades colectivas ... [y] desaparece toda noción de asistencia pública como beneficio gratuito y con carácter de dádiva, para transformarse en el derecho humano fundamental"[32].

La Corte Constitucional destaca las implicaciones de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que guían el servicio consignados en la carta (art. 48), y complementados por la Corte con los de integralidad, unidad y participación[33], previstos en la Ley 100 de 1993. Los derechos sociales fijan límites a la discrecionalidad estatal en el manejo de sus políticas públicas, de conformidad con la Declaración de Quito (párr. 27), de tal suerte que las obligaciones especiales del Estado frente al servicio de la salud no son simplemente programáticas. El derecho social requiere, "como condición de posibilidad, de un servicio público organizado que lo haga posible"[34]. La Corte destaca el desarrollo concreto del artículo 49 de la Carta sobre la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud a todas las personas y las responsabilidades del Estado bajo los principios que gobiernan el servicio, lo que la llevó a establecer la obligación del Estado de prestar el plan de atención básica (PAB) en salud y obligar a las EPS a prestar el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado (POSS), que

---

31 Alfredo Puyana Silva, El subsistema de seguridad social en salud, 2.ª ed. Serie de investigaciones en derecho laboral, n.° 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017; Álvaro Echeverri Uruburu, *op. cit.*, p. 118.

32 Ana María Muñoz Segura, *La constitución de 1991 y la seguridad social. El derecho laboral generalizado*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, p. 3.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-408/94.

34 Oscar Parra Vera, *op. cit.*, p. 52.

había sido evadido por las empresas promotoras al considerar que solo era obligatorio el plan del régimen contributivo[35-36].

Aunque el carácter fundamental de derecho había sido establecido puntualmente en algunas sentencias de la joven Corte al inicio de los años 90[37], fue a partir de 2006 cuando se afirmó más decididamente el derecho fundamental a la salud, en sí mismo, lo que es distinto de la eficacia que este pueda tener en la práctica, según circunstancias de cada caso concreto. La Corte refuerza el carácter fundamental y la exigibilidad del derecho, poniendo de presente las obligaciones del Estado (CN, art. 49) y la realización efectiva de los fines del Estado social (CN, art. 2º), lo que conlleva apartar excusas formales para no prestar el servicio de salud, tanto por instituciones públicas como privadas[38-39].

El activismo judicial de la Corte Constitucional (en sentido positivo) impuso la caracterización del derecho fundamental a la salud, que ha sido ya abordado en detalle por otro artículo de este libro, y el Legislador tuvo que responder a las diversas crisis mediante leyes que buscaron, primero, el mejoramiento de la prestación del servicio, hacer realidad la prestación universal y remediar problemas de financiamiento del Sistema (Ley 1122/2007).

---

35 Corte Constitucional, sentencias SU-480/97, T-013/98 y T-033/98.

36 Jaime León Gañán Ruiz, *Los muertos de la ley 100: prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficiencia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (POSC)*, tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

37 Corte Constitucional, sentencias T-536/92, T-505/92, T-613/92 y T-180/93.

38 Corte Constitucional, Sentencia T-307/06, reiterada luego en sentencias C-016/07 y T-760/08.

39 Jaime León Gañan, "Derecho a la salud...", cit., pp. 147-148; Óscar Parra Vera, *op. cit.*, p. 67; José Fernando Reyes Cuartas, "Evolución jurisprudencial del derecho a la salud", en Luis Guillermo Guerrero Pérez, Miguel Polo Rosero y Claudia Escobar García (eds.), *Balance de 25 años de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2019, pp. 209-223; Jaime León Gañán Ruiz, "De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia", *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. LXVIII, n.° 151, 2011, pp. 187-212; "Del derecho a la salud en Colombia. ¿Un derecho seriamente fundamental?, *Quid*, Institución Universitaria Salazar y Herrera, Medellín, n.° 19, pp. 11-24; Ximena Espinosa Torres, "El derecho fundamental a la salud en Colombia: base teórica y jurisprudencial", *Saber Ciencia y Libertad*, vol. 8, n.° 1-2013, Universidad Libre, Bogotá, pp. 45-59; Juan Jacobo Calderón Villegas, "El derecho a la salud: la doble mirada de la jurisprudencia constitucional", en María Lucía Torres Villarreal, *Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008*, Universidad del Rosario, 2009, pp. 89-106; Jackeline Granados Ferreira, "Análisis de las líneas jurisprudenciales que involucran la protección al derecho a la salud en las decisiones de los funcionarios judiciales: la excepción de la inconstitucionalidad", *Iusta*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, n.° 37, 2012, pp. 191-217.

Diversos estudios críticos destacaron los cambios formales de la ley, que no abordaba los problemas estructurales del Sistema[40] y con posterioridad a ella la Corte Constitucional adoptó la célebre Sentencia T-760/08, que establecería de manera permanente el que se ha llamado POS jurisprudencial, conformado por la extensión de servicios y medicamentos de obligatoria asunción por las EPS, más allá de los textos explícitos, e impartiría diversas órdenes a varias instituciones públicas para la adopción efectiva de medidas tendientes a asegurar la cobertura universal, la actualización integral de los planes obligatorios de salud (POS) y la unificación de los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado[41]. Después vendría la Ley 1438 de 2011, cuyo objeto fue el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, concibiendo un modelo de prestación de servicio dentro de una estrategia de atención primaria en salud, para lograr mejorías en el servicio y la coordinación interinstitucional (art. 1.º). Aunque se reconocen avances en aspectos puntuales, como los paquetes de beneficios, la atención primaria en salud y las redes integradas de servicios, se discute el que haya abordado los problemas esenciales del Sistema, vinculados a su sostenibilidad financiera y, en particular, la limitaciones derivadas de la concepción de la Ley 100 de 1993, centrada en un modelo de aseguramiento por gestores motivados por la gestión financiera y la rentabilidad, y no por el derecho a la salud y la equidad[42]. Finalmente, la Ley 1751/2015 asumiría claramente la condición del derecho fundamental a la salud, por cuanto se trata de una ley estatutaria, calidad legislativa exigida para la regulación de derechos fundamentales (CN, art. 152.a)). Afirmado como autónomo e irrenunciable, el derecho no solo tiene en la ley la dimensión colectiva, prevista en la Constitución, sino también condición específica de derecho individual, lo que

---

40 Jairo Humberto Restrepo, "¿Qué cambió en la seguridad social con la Ley 1122?", *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. 25.1, 2007, pp. 82-89; Román Restrepo Villa, "A propósito de la Ley 1122 del 2007. Reforma del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia: esperanza, mito y realidad", *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. 25.1, pp. 90-105; José O. López Oliva, "La última reforma del sistema general de seguridad social en salud en Colombia: lejano de la eficiencia y camino a la privatización total", *Prolegómenos. Derechos y valores*, Universidad Militar, Bogotá, vol. XIII, n.° 25, enero-junio de 2010, pp. 219-233.

41 Ximena Espinosa Torres, *op.cit*.

42 Álvaro Franco-Giraldo, "La última reforma del sistema general de seguridad social en salud colombiano", *Revista de salud pública*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, vol. 14, octubre 2012, pp. 865-877.

refuerza su concreción en el efectivo acceso al servicio de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, acentuando la responsabilidad del Estado en la realización del derecho para todas las personas, en condiciones de igualdad (arts. 2.º y 5.º). El derecho a la salud y su protección efectiva podrían verse así favorecidos con esta orientación, la determinación de elementos y principios específicos del derecho fundamental (art. 6.º), así como parámetros e indicadores específicos del goce efectivo del derecho (art. 7.º), el refuerzo y especificación de los derechos y obligaciones vinculadas con el servicio (art. 10) y un capítulo destinado a la garantía y mecanismos del protección del derecho (arts. 12 ss.), que incluyó la supresión de los conflictivos planes obligatorios de salud (POS) como listas cerradas de servicios, tratamientos y medicamentos (art. 15), para garantizar la autonomía de los médicos en la adopción de decisiones sobre diagnóstico y tratamiento de los pacientes (art. 17)[43]. Los avances en la calificación y efectividad del derecho no anulan, sin embargo, la crítica de fondo sobre la ley, en cuanto no pone en tela de juicio la concepción esencial de la Ley 100 de 1993, anclada de manera fundamental en una lógica de mercado[44].

## III. RÉGIMEN JURÍDICO DE COMPETENCIA REGULADA

El análisis detallado de la evolución y alcance del derecho fundamental a la salud, así como el contenido prestacional del derecho a la salud, con sus derechos y obligaciones, son tratados en detalle en otros artículos de esta obra. Para los fines del presente análisis, la caracterización general realizada pone de presente que el régimen jurídico del servicio público de salud prestado por las empresas sociales del Estado es común frente al servicio prestado por las instituciones privadas. La concepción general del servicio en competencia comporta la aplicación del mismo régimen jurídico a todas las instituciones prestadoras del servicio, independientemente de su naturaleza pública,

---

43 Andrés Mauricio Ramírez, David Ernesto Rocha, Luis Fernando Durango y Sara Bibiana Rodríguez, "Implicaciones de la ley estatutaria 1751 de 2015 sobre las entidades promotoras de salud del régimen contributivo", *Revista CES Derecho*, vol. 7, n.° 2, julio-diciembre 2006, pp. 13-41.

44 Wilson Giovanni Jiménez, Leidy Liliana Angulo, Yuri Paola Castiblanco, Mónica Lucía Gómez, Laura Juliana Rey, Leidy Tatiana Solano y Yuli Carolina Urquijo, "Ley estatutaria: ¿avance hacia la garantía del derecho fundamental a la salud?", *Revista Colombiana de Cirugía*, Biteca, Bogotá, 2016, n.° 31.2, pp. 81-90.

privada o mixta. La Ley 100 de 1993 no especificó un régimen jurídico en particular en el capítulo destinado a *las instituciones prestadoras del servicios de salud* (II), limitándose a precisar en el capítulo siguiente (III) que la contratación de las instituciones públicas, esto es, la *empresas sociales del Estado*, se regiría por el derecho privado (art. 195.6), sin perjuicio de la posibilidad de incluir en los contratos cláusulas exorbitantes o excepcionales del Estatuto General de Contratación (Ley 80/1993, arts. 14-18), en la medida en que ello no cambia la naturaleza jurídica de los contratos, como lo tienen bien establecido la jurisprudencia[45] y la doctrina oficial[46] del Consejo de Estado.

No obstante, como se puso de presente desde la Introducción, la dualidad derecho privado / derecho público es en exceso reductora y artificial en muchas áreas. La prestación del servicio de salud concentra la insuficiencia y artificialidad de esta visión binaria, más aún en la concepción adoptada por el Legislador en la Ley 100 de 1993, fundada en la competencia regulada, que refleja los valores privados de la libre empresa con una fuerte regulación y control del Estado, y la protección creciente de valores y derechos esencialmente públicos, como lo es el derecho fundamental a la salud, cuya importancia creciente hemos visto en el recuento de la evolución hacia la ley estatutaria de la salud, con el papel preponderante del juez constitucional.

La dinámica privada se ve consolidada en el modelo económico adoptado del servicio de salud, anclado al principio constitucional de libertad económica. La Corte Constitucional explica que el modelo de concurrencia privada emerge de la libertad económica, reconocida y garantizada por la Constitución (art. 333)[47], libertad que comprende los conceptos de libre competencia y libertad de empresa o libre iniciativa privada, entendida como la que "se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia"[48].

---

45 Consejo de Estado, sec. III.A, Sentencia 29/04/2015, exp. 37607; Sentencia 24/02/2016, exp. 46185, sec. III.C, Sentencia 30/09/2020, auto 64541.

46 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 20/08/1998, exp. 1127; Concepto 06/04/2000, exp. 1263.

47 Corte Constitucional, Sentencia C-978/10.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-524/95.

Esta libertad económica fundamenta la amplia iniciativa privada en la prestación del servicio de salud, por cuanto basta a los particulares cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social para constituirse como institución prestadora de servicios de salud (Ley 100/1993, art. 185). Este es el cambio sustancial de la apertura de servicios públicos, que vimos se dio en Europa y en América Latina en los años 90. En la concepción subjetiva del servicio público, el Estado, titular de este, puede confiarlo a un particular, como sucede con las concesiones[49]. Por el contrario, en la evolución objetiva del servicio público, el particular que cumple con las condiciones exigidas por el Estado tiene *derecho* a ser reconocido como prestador del servicio. La novedad de la Constitución de 1991 sobre la participación de los particulares (art. 365) fue "la posibilidad de que sujetos distintos a las instancias públicas (principalmente particulares) puedan prestar servicios públicos sin necesidad de título habilitante distinto a la Constitución Política"[50].

Esta iniciativa privada, fundada en el derecho constitucional de libertad económica, no se opone, sin embargo, a la reglamentación y control reforzado del servicio, por su condición de servicio público, regulación reforzada en la salud, como hemos visto, por la necesidad de garantizar y hacer efectivos derechos fundamentales. La Corte lo ratifica en la misma sentencia en la que enuncia el principio constitucional de libertad económica, cuando recuerda que ella misma

> ... ha advertido que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social[51]. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurran los particulares[52].

---

49 Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, cit., p. 166 ss.

50 Alberto Montaña Plata, "Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991", *Revista Derecho del Estado*, vol. 14, 2003, p. 198.

51 Nota al pie en el original de la sentencia: "Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001".

52 Corte Constitucional, Sentencia C-978/10.

En todo caso, ello no borra que "se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución", como indica la Corte, garantías constitucionales que, justamente, son las que han hecho complejo el equilibrio de valores en el modelo de la salud, en la medida en que la concepción fundada en el provecho económico, en la rentabilidad del servicio para las empresas, es una opción constitucionalmente válida.

El modelo fundado en la libertad de empresa y concurrencia genera un régimen jurídico del servicio fundado en la autonomía. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tienen amplio margen para la definición de los modelos contractuales que pueden implementar para la prestación del servicio. En el tema cobra particular importancia la flexibilidad aplicada también a las empresas sociales del Estado para su contratación, derivada de la regla general de su régimen contractual privado (Ley 100/1993, art. 195.6). A pesar de que la atracción hacia el régimen general de contratación pública propició que la doctrina oficial del Consejo de Estado considerara que la tipología contractual definida por el Estatuto General de Contratación (Ley 80/1993, art. 32) era extensible a entidades no sujetas al Estatuto, como las ESE[53], la misma corporación corrigió su opinión, resaltando el carácter restringido de la aplicación del Estatuto, solo cuando la legislación lo imponga, como en el caso de la posible inclusión de cláusulas excepcionales, sin ser pertinente extender la tipología contractual del Estatuto General a los contratos de las ESE[54]. Por consiguiente, en la materia existe autonomía para seleccionar técnicamente los contratos más favorables para la buena ejecución del servicio.

En el ámbito internacional y comparado se han concebido diversas modalidades contractuales que constituyen variables de las relaciones posibles entre quien compra un servicio de salud y quien lo presta. En el tema aquí tratado, el modelo colombiano de aseguramiento establece esta relación contractual entre las instituciones prestadoras del servicio de salud (IPS) y las empresas promotoras de salud (EPS), por cuanto son estas las que administrarán los recursos para la prestación del servicio. Los modelos contractuales concebibles generan incentivos sobre el comportamiento de la oferta de servicios, incluyendo efectos sobre el desarrollo y la utilización de tecnología,

---

53 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 20/08/1998, exp. 1127.

54 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 06/04/2000, exp. 1263.

con repercusiones sobre los costos globales del servicio, la atención brindada y la equidad del sistema[55]. Como suele pasar en los modelos contractuales, no existe uno ideal que sea recomendable favorecer. Su comparación pone de presente ventajas y restricciones de cada uno, que deben motivar la selección técnica, según condiciones particulares. Así, se identifican las modalidades de pago por "servicio prestado (*fee for service*), el pago por capitación, el pago integral por diagnóstico atendido (PIDA), el pago por salario y los presupuestos globales retrospectivos". Mauricio Leuro y Carolina Gutiérrez describen en una interesante tabla comparativa las características de cada modelo, sus ventajas y desventajas[56]. Así, por ejemplo, el pago retrospectivo es sencillo, por cuanto se funda en el servicio prestado. No obstante, la literatura internacional indica que propicia los gastos excesivos, al estimular la oferta de servicios, y no las economías sobre estos. El pago por capitación, al fundarse sobre una lógica del seguro en el que se calculan los posibles gastos médicos en un período determinado para un grupo igualmente determinado, con el objeto de definir el pago anticipado, propicia la prevención, así como la limitación de costos, pero es de muy compleja implementación: para poder establecer técnicamente las bases de las unidades de capitación, tiende a una valoración cerrada de servicios y estimula la reducción de costos que puede ser lesiva de la calidad y amplitud del servicio.

En nuestro sistema de salud, donde los hospitales ESE están en un escenario de mercado con las instituciones privadas, deben asumir un papel de prestadores de servicios como agentes económicos que venden servicios de salud con una perspectiva de autosostenibilidad, lo que ha significado para sus directivas y gerentes asumir un papel más proactivo, y les exige altas competencias en la negociación con las aseguradoras (EPS), en medio de reglas definidas por el marco legal. Al respecto, Mauricio Leuro y Carolina Gutiérrez exponen:

> Lo cierto es que el sistema de contratación que se adopte entre Entidades Promotoras de Salud y demás aseguradoras y los Prestadores de Servicios de Salud tendrá claras evidencias sobre la calidad y el costo de los servicios.

---

55 Mauricio Leuro Martínez y Carolina Gutiérrez Roa, *Contratación para los servicios de salud*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2017, p. 62.

56 *Idem.*

> Las entidades promotoras de salud, las ARS y los prestadores de servicios de salud podrán convenir la forma de contratación y pago que más se ajuste a sus necesidades e intereses, tales como la capitación, el pago por conjunto de atención integral (protocolos), el pago por actividad o la combinación de cualquier forma de estas[57].

Con todo, la flexibilidad en el sistema de contratación no es total, al estar inmersa y tener impacto directo sobre el servicio público. La Ley 1122 de 2007 impuso pagos anticipados por parte de las EPS en las diversas modalidades de servicios suministrados por los prestadores de servicios de salud: 100 % en los contratos por capitación, 50 % en otras modalidades de contratos, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico (art. 13.d). El texto fue demandado por considerar que atentaba contra los derechos constitucionales de igualdad y libertad de empresa. Para el demandante, los pagos anticipados impondrían una carga injustificada a las EPS, en beneficio de las prestadoras de servicios de salud (IPS), lo que, además, conllevaba afectación esencial de la libertad económica de las EPS, cuando la concepción del sistema de salud parte de la lícita generación de beneficios económicos para estas, en desarrollo de su función de colaboración con el Estado para la prestación del servicio de salud. La Corte rechazó la argumentación al destacar que la libertad económica tiene limitaciones esenciales y recordar que la misma corporación ha considerado que "la posibilidad que los particulares concurran a la prestación del servicio de salud en condiciones de competencia económica, no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución"[58].

La Corte destaca que el objeto de la Ley 1122 de 2007, en general, y del artículo demandado, en particular, fue reformar algunos aspectos del régimen para equilibrar los actores del Sistema y lograr la remuneración oportuna de los servicios de las IPS, identificado como uno de los problemas esenciales de la salud. La medida responde así a la obligación del Estado frente a la prestación del servicio de salud, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos desde la Carta Política (art. 49)[59].

---

57 *Ibid.*, p. 264.
58 Sentencia C-616/01, citada por la Corte.
59 Corte Constitucional, Sentencia 675/08.

El régimen jurídico del servicio refleja así no solo la flexibilidad de la iniciativa privada, la concurrencia y la autonomía, sino también una orientación fuerte, inherente a las responsabilidades del Estado. En términos generales, como recuerda Alberto Montaña, "la 'liberalización' de los servicios públicos no puede confundirse con la renuncia del Estado a asumir compromisos relacionados con finalidades básicas contenidas en los textos políticos y las consecuentes medidas que las instancias públicas deben adoptar para dar desarrollo a las mismas"[60].

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 complementa los principios constitucionales del servicio, recordados por la Corte, como la obligatoriedad de la afiliación al Sistema, la prevalencia de derecho, respecto de personas con particular protección (mujeres en embarazo, niños y adolecentes), la equidad, la calidad, la eficiencia, la participación social, la progresividad, la libre escogencia de los prestadores, la sostenibilidad y la transparencia. El intervencionismo de Estado también se refleja en el sistema de inspección, vigilancia y control a cargo del Estado, reforzado frente al servicio esencial y de interés público, como es el de la salud (Ley 100/1993, art. 152; Decreto 806/1998, art. 1.º).

El régimen jurídico general del servicio de salud concilia así la iniciativa privada y la dinámica comercial del servicio, con el cumplimiento de fines públicos en el que el Estado tiene un rol preponderante, tanto para la regulación como en la vigilancia y control, todo lo cual desarrolla el espíritu y propósito de los artículos 48 y 366 de la carta política.

## IV. Particularidades del régimen jurídico derivadas de la prestación directa del servicio por el Estado

La participación del Estado en la prestación directa del servicio en un régimen jurídico de competencia con los actores privados tiene particularidades derivadas de la concepción restringida de la libertad de empresa, predicable de las instituciones públicas. Como hemos visto, la Corte Constitucional destaca la concepción lícita del Sistema General de Protección Social en Salud,

60 Alberto Montaña Plata, "Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991", cit., p. 203.

fundada en la iniciativa privada y la libre competencia. Igualmente, hemos destacado que el Sistema propuesto por la Ley 100 de 1993 corresponde al cambio conceptual del servicio público desde el final del siglo pasado, al romper el monopolio público y abrir los servicios a la concurrencia e iniciativa del sector privado. No obstante, esta libertad encuentra importantes limitaciones en las instituciones públicas prestadoras de salud, tanto en su organización empresarial (A) como en la iniciativa privada que pueden tener (B). Incluso su actividad contractual, regida por el derecho privado, tiene restricciones importantes, que impiden concebir este instrumento, esencial de desarrollo empresarial, en las mismas condiciones de las empresas concurrentes del sector privado (C).

### A. Libertad en la organización de la empresa, limitada (incompatible) con las ESE

La apertura del servicio de salud, fundada en la iniciativa, comporta la libertad de empresa para fundar o constituir instituciones privadas de prestación de servicios de salud, si se cumple con los requisitos contemplados en las normas establecidas por el Ministerio de Salud (Ley 100/1993, art. 185), contenidos hoy en la Resolución 3100 de 2019, que define los procedimientos y condiciones de inscripción de los prestadores de servicios de salud y de habilitación de los servicios de salud. La dinámica no es la misma en el caso de las instituciones públicas, por cuanto las empresas sociales del Estado, que son las que prestan los servicios de salud en el sector público, están constituidas como *categoría especial de entidad descentralizada* (Ley 100/1993, art. 194), en el interior de la estructura general de las entidades públicas, como reflejo de la previsión constitucional sobre la creación de entidades públicas. La Corte Constitucional recuerda la competencia del Legislador para la determinación de la estructura de la administración y para crear las entidades en el orden nacional; al respecto, señala sus objetivos y estructura orgánica (CN, art. 150.7), "los que deben estar en consonancia con las finalidades propias del Estado y servir a su cabal realización"[61]. Las empresas sociales del Estado del orden nacional tienen así creación legal, y por ello el Legislador *transformó todas las entidades descentralizadas del orden*

61 Corte Constitucional, Sentencia C-784/04.

*nacional cuyo objeto fuera la prestación de servicios de salud en empresas sociales de salud* (Ley 100/1993, art. 196). Siguiendo la misma lógica constitucional de creación de entidades territoriales por parte de las asambleas (CN, art. 300.11) y los concejos (CN, art. 313.10), el Legislador también dispuso lícitamente la respectiva transformación en departamentos y municipios (Ley 100/1993, art. 197)[62].

La autonomía del Legislador en esta definición justificó dejar campo de autodeterminación a los órganos internos de las empresas, para determinar su estructura administrativa específica. En efecto, el Decreto ley 1750 de 2003, por el que se crearon empresas sociales del Estado del orden nacional, estableció que ellas tendrían competencia para definir su estructura organizacional, de acuerdo con las necesidades y requerimientos de los servicios ofrecidos por cada una y su rentabilidad social y financiera; el decreto ley se limitó a establecer que contarían con una junta directiva, un gerente general y subgerencias (art. 6.º). La Corte no le dio razón al demandante de la norma, quien consideró que el Legislador omitía con ello su competencia constitucional para definir la estructura y organización de las empresas, violando así el artículo 122 de la carta, por cuanto impedía la definición legal de empleos y funciones vinculadas a una estructura administrativa determinada. Para la Corte, la autonomía inherente a la descentralización por servicios, de la que hacen parte las empresas sociales del Estado (Ley 489/1998, art. 68 y Ley 100/1993, art. 194), permite reconocerles la autodefinición concreta de su estructura administrativa para el mejor logro de sus objetivos[63].

No obstante, el principio constitucional de legalidad que exige habilitación específica para el actuar de la Administración (CN, art. 121) exige que las funciones específicas de la empresa creada sí estén definidas en su acto de creación y estén acordes con las orientaciones legales. Así, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 complementa la previsión genérica de las instituciones prestadoras de salud (art. 185), estableciendo aspectos del régimen jurídico de las que son públicas, esto es, de las empresas sociales del Estado, regulando su objeto específico de prestación de servicios de salud, la existencia de una junta o consejo directivo y un director, representante legal, del cual define su nombramiento y remoción (art. 192), el carácter de la vinculación laboral

62 Corte Constitucional, Sentencia C-408/94.
63 Corte Constitucional, Sentencia C-784/04.

de los trabajadores de la empresa, así como sus regímenes presupuestal, impositivo y contractual (art. 195). La flexibilidad, autonomía e iniciativa privada, que se reputan de las empresas de carácter privado, se encuentran así fuertemente limitadas en las empresas sociales del Estado.

Esta organización restringida de las instituciones públicas de salud también contrasta con la visión amplia, concebida por el juez constitucional, frente a la organización de las empresas privadas. La Ley 100 de 1993 permitió la integración vertical entre EPS e IPS, al autorizar que las primeras tuvieran sus propias IPS (art. 156). La norma fue demandada por considerar que la facultad conferida a las EPS de prestar directamente servicios por medio de sus IPS limitaba la libertad económica y permitía que las EPS se prevalieran de su posición dominante para el control integral del mercado de los servicios de salud, privilegiando sus propias IPS. La Corte desestimó la crítica considerando que la libertad de empresa, consagrada en la Constitución (art. 333), comprende la libertad de organización económica de la empresa, lo que tiene específico amparo en la prestación del servicio público de salud, en el que se ha reconocido la iniciativa privada. La concepción del Legislador para crear instituciones con diferencias funcionales en el sistema de salud (EPS e IPS) "no impide un proceso de integración, por virtud del cual, sin perjuicio de la autonomía que conforme a la ley debe tener cada una de las entidades, las EPS presten los servicios salud a través de sus propias IPS". La Corte consideró así que la integración, en sí misma, no era contraria a la carta política. Y, con relación a la vulneración de las disposiciones sobre la libre competencia y abuso del derecho, la Corte encontró que el sistema concebido se fundaba en la libre e igual competencia entre los agentes económicos, tanto para la tarea de administrar los recursos del sistema (EPS) como para prestar los servicios (IPS), permitiendo así iniciativa privada para cualquiera de las dos tareas o para las dos, con las ventajas comerciales que ello puede aportar, y sin perjuicio de que el sistema también prevé la necesaria independencia entre las dos funciones, la libre elección de los usuarios frente a su afiliación a las EPS y a los servicios de las IPS ofrecidos por ellas, así como la absoluta prohibición de prácticas restrictivas de la competencia (arts. 185 y 183), cuyo respeto está garantizado con un conjunto de normas que establecen el deber del Estado de intervenir para asegurar la libre competencia, con funciones específicas al respecto, atribuidas al Ministerio de Salud (art. 173.6), y la obligación de las EPS de ofrecer a sus afiliados varias alternativas

de IPS (art. 179), además de la cercana vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud[64].

Sin embargo, la práctica parece haber dado razón al demandante, con los gravísimos casos de concentración económica de actividades que dieron lugar a graves colapsos de gigantes empresariales de la salud, como Saludcoop, favorecidos por las dinámicas de integración vertical. Los mecanismos de corrección del sistema expuestos por la Corte resultaron insuficientes y la situación de conflicto de intereses inherente a la integración vertical pudo propiciar manejos irregulares, que pasaron por encima de los pueriles controles normativos y de competencias nominales, reforzando la opinión de muchos sobre un sistema capturado por el poder de la lógica estrictamente económica y financiera de las EPS[65].

### B. LIMITACIONES DE LA INICIATIVA PRIVADA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Un servicio en competencia plantea la necesidad de asegurar condiciones de igualdad entre los competidores. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de exponer la libertad de empresa y la libre competencia a partir del derecho fundamental de los particulares, como hemos visto en las referencias jurisprudenciales, pero también es pertinente analizar la libertad de empresa y la libre competencia frente a las empresas de carácter público. La Constitución española "reconoce la iniciativa pública en la actividad económica" (art. 128.2), lo que rompió con el principio tradicional de subsidiariedad de la acción comercial pública, esto es, la legitimación de la participación pública solo ante la ausencia de iniciativa privada. "El Estado puede entonces actuar incluso existiendo iniciativa privada, por lo que se transforma en un competidor en el mercado", como explica la doctrina española[66].

---

64 Corte Constitucional, Sentencia C-616/01.

65 ELSY LUZ BARRERA, *op. cit.*, p. 420; CARLOS ARTURO MEZA CARVAJALINO, "La eficiencia en la provisión de servicios públicos en salud y sus fallos de mercado", *Equidad y Desarrollo*, Universidad de La Salle, Bogotá, n.° 6, 2006, p. 62: "... las Entidades Prestadoras de Servicios privadas lograron capturar población con menor riesgo de enfermedades que les causaran deterioro en la estructura de costos por prestación de servicios médicos..."; JAIME LEÓN GAÑÁN RUIZ, *Los muertos de la ley 100...*, cit.; JOSÉ O. LÓPEZ OLIVA, *op. cit.*; ÁLVARO FRANCO-GIRALDO, *op. cit.*

66 CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ, "La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (*RJUAM*), Madrid, n.° 21, 2010-1, p. 213. En igual sentido: JORGE A. RODRÍGUEZ PÉREZ, *El derecho a la libertad de empresa en el*

Nuestra carta política no contiene norma equivalente. Magdalena Correa considera que, en nuestra Constitución, la iniciativa se legitima en el artículo 334, como habilitación general, en los artículos que prevén la creación de las empresas industriales y comerciales del Estado (115, 150.7, 300.7 y 313.6) y, con relación a los servicios públicos, en el 365, cuando prevé que su prestación puede ser asumida por empresas estatales (art. 368)[67]. Pero, en realidad, pese a la habilitación para crear empresas públicas, la participación del Estado se concibe más como garante de la iniciativa privada y limitante de la libertad de empresa, mediante el intervencionismo motivado por el interés general (CN, art. 334), lo que ubica a la empresa pública en una situación particular, marcada por el principio de legalidad (CN, art. 121), en cuanto su iniciativa empresarial no existirá de manera general sino solo en los casos en los que el legislador lo haya previsto de manera explícita. Esta característica marca, de manera determinante, el sentido y propósito de la iniciativa y acción de la entidad pública. Aun en la concepción española, la doctrina pone de presente que la empresa pública no tiene la misma iniciativa que el inversionista privado. Aunque esté en el mercado, su iniciativa no existe de manera indistinta para la exploración y explotación rentable de cualquier actividad lícita. En la iniciativa de la entidad pública, su finalidad será siempre el interés general. "Es necesario encontrar una justificación a la decisión de intervenir en la vida económica y esta podría estar dada por el interés general"[68]. Luciano Parejo pone de presente que

> Mientras los particulares pueden ejercer con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (art. 38 CE), todas las actuaciones de los órganos de la Administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 CE), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a éstas últimas el art. 31.2 CE también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia

---

*artículo 38 de la constitución española*, tesis doctoral, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2011, pp. 414-431; Luciano Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 65: "En el sistema constitucional (art. 128.2 CE) se da la coexistencia de los dos sectores económicos, privado y público, que constituyen el que se ha dado en llamar sistema de economía mixta, con apartamiento del sistema que prima el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada, alcanzando ambas idéntico rango constitucional".

67 Magdalena Correa, *op. cit.*, pp. 189-190.

68 Christian Viera Álvarez, *op. cit.*, p. 213.

> y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación[69].

Las restricciones de las empresas de carácter público no se restringen entonces a la particularidad de la iniciativa privada y la libertad de empresa. La orientación general de su gestión está profundamente marcada por estas particularidades que limitan la flexibilidad y las estrategias comerciales y de gestión con fines lucrativos que tienen sus competidores privados.

### C. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN

Finalmente, el régimen jurídico del servicio público de la salud prestado directamente por las empresas sociales del Estado comprende el régimen de su contratación, que constituye actividad importante para la correcta ejecución del servicio mismo[70]. Como se ha indicado, la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de derecho privado en la contratación de las empresas, permitiendo la inclusión discrecional de las cláusulas excepcionales del Estatuto General de la Contratación (Ley 80/1993). El régimen de derecho privado resulta natural y consecuente en la contratación de empresas que se encuentran en competencia con las otras IPS privadas. Sin embargo, aquí también se pueden apreciar características particulares de este régimen privado. La jurisprudencia y la doctrina oficial del Consejo de Estado crearon prontamente mecanismos de atracción hacia el derecho público, que incluso inspiraron y forjaron reformas legislativas en la misma dirección.

En vigencia del antiguo Código Contenciosos Administrativo de 1984, fundado en un criterio material de la jurisdicción administrativa, que exigía *litigios administrativos* de las entidades públicas (Decreto ley 01/1984, art. 82, en su redacción hasta la Ley 446/1998), resultaba natural que los conflictos derivados de contratos regidos por el derecho privado fueran juzgados por la jurisdicción ordinaria. Su naturaleza privada los alejaba del *litigio administrativo*, reservado a las actividades constitutivas de función administrativa. No obstante, el Consejo de Estado se consideró competente en un proceso

---

69 LUCIANO PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, p. 65.

70 YOLANDA WONG BALDIRIS, "Naturaleza jurídica de los contratos en las empresas sociales del Estado", *Iusta*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, n.° 34, 2011, pp. 201-220; NICOLÁS ERNESTO LOZADA, "En torno al régimen de contratación de las empresas sociales del Estado", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n.° 18, 2006, pp. 153-169.

contra un hospital público, empresa social del Estado, tan solo por vincular una controversia "en que sea parte o tenga un interés directo la administración", independientemente del régimen jurídico del contrato objeto del litigio[71]. La escueta y genérica justificación se apoyaba en dos precedentes de la misma Corporación. En el primero, el Consejo de Estado se declaró competente en un litigio en el que se discutía la nulidad de un contrato de una empresa electrificadora, al considerar que, pese a su régimen privado, "su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir es el ejercicio pleno de una función administrativa [...]"[72]. En realidad, remitiendo el Legislador estos contratos al derecho privado (Ley 143/1994, art. 8.º, parágrafo), no existía (ni existe) reglamentación de sus procesos de contratación ni de la ejecución de sus contratos. En el segundo precedente citado, el Consejo de Estado asumió la competencia sobre un contrato de una universidad pública, también regido por el derecho privado (Ley 30/1991, art. 93), al considerar que las universidades públicas ejercían genéricamente una función administrativa, por desarrollar "actividad[es] destinada[s] a la protección de los intereses públicos, satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas y de los individuos en particular"[73]. Las finalidades de la educación pública se confundían así con la naturaleza de la actividad misma, de tal suerte que cualquier actividad de cualquier entidad pública sería constitutiva de función administrativa.

Desde otro punto de vista, como se recordó antes, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación consideró que la regulación de algunos contratos estatales por el Estatuto General era extensible a los contratos de las entidades que no estaban sujetos al Estatuto. Así, los contratos de servicios profesionales suscritos por un hospital no estaban regidos por el arrendamiento de servicios inmateriales, usual en la contratación de profesiones liberales (Código Civil, art. 2063), sino por la prestación de servicios de la Ley 80 de 1993 (art. 32.3)[74]; aunque vimos igualmente cómo la doctrina oficial rectificó esta extensión injustificada[75]. El concepto inicial de 1998 también se refirió a la extensión generalizada de las causales de inhabilidades

---

71 Consejo de Estado , sec. III, auto 19/04/2001, exp. 18409.
72 Consejo de Estado, sec. III, auto 08/02/2001, exp. 1661.
73 Consejo de Estado, sec. III, auto 20/08/1998, exp. 14202.
74 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 20/08/1998, exp. 1127.
75 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 06/04/2000, exp. 1263.

e incompatibilidades del Estatuto General a la contratación de las empresas sociales del Estado, lo que tampoco tenía justificación y que, por el contrario, va en contra de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre la aplicación restrictiva de las inhabilidades e incompatibilidades[76], en razón de la restricción que ellas contienen de la capacidad de contratación, lo que exige una previsión legal explícita, en concordancia con la regla general del Código Civil, según la cual, la capacidad es la regla general, salvo restricción legal específica (art. 1503).

Con mayor justificación, tanto la jurisprudencia administrativa como la constitucional[77] han destacado el sentido particular de la autonomía de la voluntad aplicada a las entidades estatales. En la misma línea de la libertad de empresa y la iniciativa privada, la jurisprudencia pone de presente que el principio privado de la autonomía, concebido como autorregulación de intereses privados, no puede tener el mismo significado en las entidades públicas, aun cuando su actividad se rija por el derecho privado y aun cuando la actividad no sea administrativa sino comercial. El Consejo de Estado destaca con relación al régimen de derecho privado de las empresas sociales del Estado:

> Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios y de tomar todas las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por el sólo hecho de tener ellos esta naturaleza, indisolublemente asociada al interés general, máxime cuando de por medio está la prestación directa de los servicios públicos de salud por la Nación y las entidades territoriales.
>
> Lo anterior significa que el régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general –que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República–, ni el de los fines del Estado, como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante[78].

---

76 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 15/08/2017, exp. 2346; Concepto 05/12/2017, exp. 2355; Concepto 12/12/2017, exp. 2351; sec. III, auto 10/02/2011, exp. 16306; sec. III.C, Sentencia 22/05/2013, exp. 24057.

77 Corte Constitucional, Sentencia C-949/01.

78 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 06/04/2000, exp. 1263. En

Estas orientaciones de la jurisprudencia reflejan una tendencia fuerte al retorno del péndulo frente a lo que se llamó en los años 90 *la huida del derecho administrativo*, consistente en la aplicación del derecho privado a muchas actividades de la Administración. Como lo destaca el profesor Allan Brewer-Carías, en realidad no existen actos o contratos de entidades públicas exclusivamente regidos por el derecho privado[79]. La aplicación del derecho privado en las instituciones públicas no las exime de su deber de respetar una serie de principios y reglas que les son propias, por el hecho de ser entidades públicas, lo que implica unas finalidades particulares, una gestión especial del patrimonio público y una serie de principios que les son siempre inherentes e irrenunciables.

La evolución normativa ratificaría estas tendencias jurisprudenciales. Una primera reforma del Código Contencioso Administrativo asumió un criterio orgánico de la jurisdicción administrativa, donde lo que sería trascendente era la calificación de la entidad pública y no el régimen jurídico de su actividad (Ley 1107/2006, art. 1.º, modificatorio del artículo 82 del CCA), criterio subjetivo que sería conservado en la concepción del CPACA (Ley 1437/2011, art. 104). Por su parte, la Ley 1150 de 2007 estableció que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación sería aplicable a todos los contratos de la Administración, sin importar su carácter especial, ni la exclusión del Estatuto General. Igualmente, generalizó la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa (CN, art. 209) a todos los contratos de todas las administraciones (art. 13).

El régimen jurídico de la contratación de las empresas sociales del Estado tiene así un sentido particular, en cuanto, si bien conserva la flexibilidad del régimen privado, exige de las empresas tener en cuenta que, como instrumento de gestión de una entidad pública, su concreción específica no es asimilable integralmente a la contratación de una empresa comercial privada. Esta condición de la contratación es extendida a toda la gestión del servicio público de salud prestado por las empresas sociales del Estado, en

---

igual sentido, también con relación a las ESE, Consejo de Estado, sec. III, Sentencia 27/02/2013, exp. 25590; sec. III.C, Sentencia 08/04/2014, exp. 25801; sec. III.A, Sentencia 29/04/2015, exp. 37607; sec. III.A, Sentencia 24/02/2016, exp. 46185.

79 Allan Randolph Brewer-Carías, "El proceso de huida y de recuperación del derecho administrativo", en David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (eds.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, UNAM, México, 2008, pp. 79-133.

el sentido de encontrar restricciones a las dinámicas más flexibles, eminentemente comerciales, que puedan tener las IPS privadas dentro del marco de su funcionamiento.

## CONCLUSIONES

El régimen jurídico del servicio público de salud asumido directamente por el Estado no parece particular o especial frente al mismo servicio prestado por las empresas privadas. La concepción del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la Ley 100 de 1993, fundada en la competencia regulada o pluralismo estructurado, ubica a las empresas sociales del Estado junto a las empresas privadas que prestan los mismos servicios: unas y otras, públicas y privadas, hacen parte de las instituciones prestadoras de servicios de salud. Más aún, en un servicio público abierto a la competencia y a la iniciativa privada, como el concebido por el Legislador en la Ley 100 de 1993, el acento del Estado está en la regulación, vigilancia y control, para asumir su responsabilidad sobre la prestación efectiva y de calidad del servicio, bajo los principios constitucionales que lo orientan (eficiencia, universalidad y solidaridad), y no en el monopolio de la prestación del servicio, que caracterizó la concepción antigua del servicio público. Consecuentemente, si las empresas del Estado participan en la prestación del servicio, han de hacerlo en un plano de igualdad frente a sus concurrentes privados, sin privilegios. Ello explica que la ley no haya previsto un régimen jurídico especial del servicio cuando es prestado por el Estado y que, por el contrario, haya fundado todo el sistema en la libertad de empresa, la iniciativa privada, al punto que el régimen de contratación de las empresas sociales del Estado se remite al derecho privado, lo que también es consecuente en el contexto.

Sin embargo, ello no significa que el régimen jurídico del servicio prestado por el Estado se haya privatizado. La limitación sustancial de la dualidad derecho público / derecho privado encuentra excelente expresión en el servicio público de salud, donde uno y otro se mezclan, así como los intereses privados comerciales y los intereses públicos, e incluso los intereses privados públicos, como son los derechos fundamentales de los usuarios del servicio público de salud, que finalmente son los que deben darle sentido y justificación al servicio mismo. El régimen jurídico del servicio, independientemente de que sea prestado por empresas privadas o por empresas sociales del Estado, tiene una fuerte dinámica comercial, por estar sujeto a

la competencia, al punto que las empresas de carácter público, los hospitales, deben reinventarse, abandonando su tradicional concepción de entidades de beneficencia, financiadas con recursos públicos presupuestales, para tener una actitud gerencial reactiva a la búsqueda del cliente y con la capacidad técnica de negociación de sus servicios, de acuerdo a sus características y condiciones, en particular con las empresas que gestionan los recursos de la salud (EPS).

Con todo, el régimen jurídico común tampoco es enteramente comercial. El énfasis en el negocio hace olvidar al usuario y por ello fue necesario el activismo judicial, a través de la tutela, para que la Corte Constitucional recordara y enfatizara que los principios y finalidades del servicio, así como las responsabilidades en su efectiva y oportuna prestación, no son derechos programáticos de logro paulatino, sino derechos fundamentales que exigen respeto y realización efectiva hoy, y no mañana. En 2014, la Defensoría del Pueblo calculaba que "cada 4 minutos se interpon[ía] en Colombia una tutela para reclamar servicios de salud"[80] y en el 2015, año en que el Legislador consagró el derecho fundamental a la salud en la Ley estatutaria (Ley 1551/2015), la misma Defensoría calculó una tutela cada 3,5 minutos[81]. El régimen jurídico general del servicio está así caracterizado por un frágil equilibrio entre la flexibilidad y las garantías de la actividad económica del servicio y el logro efectivo del derecho fundamental de la salud para todos los habitantes del territorio. Contrario a lo que se pueda concluir apresuradamente, la iniciativa y la competencia privada en un servicio público esencial, como es la salud, exigen no menos, sino más y mejor Estado. No un Estado prestador del servicio, sino un Estado fuerte en la regulación y en el control del servicio. En el sistema adoptado por la Ley 100 de 1993, sumado a las responsabilidades del Estado en el servicio, plasmadas en la Constitución, se pueden ubicar reglas y principios que establecen decididamente las competencias de este Estado fuerte. El problema, más que del régimen jurídico mismo, sería entonces la eficacia en su realización.

Los detractores de la Ley 100 de 1993, que no son pocos, no consideran que el problema sea solo de eficacia normativa sino, sobre todo, de concepción

---

80 Defensoría del Pueblo. *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social*, 2014, p. 168.

81 https://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/5911/Cada-35-minutos-se-presenta-una-tutela-por-la-salud.htm; http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/tutelas-por-vulnerar-el-derecho-a-la-salud-en-colombia/16780022.

del sistema. Pese a los avances en la amplitud de la cobertura en la salud, la concepción del sistema de aseguramiento en competencia regulada privilegia la dinámica comercial del servicio, que encuentra un ambiente de refuerzo sustancial en la fragilidad de los controles públicos e incluso en lecturas jurídicas un tanto formales, como la realizada por la Corte Constitucional al exponer los contrapesos y controles de la integración vertical de las empresas aseguradoras con las prestadoras de servicios, previstas en las múltiples normas que cita, sin ponderar las situaciones de riesgo de conflictos de interés, por la dinámica comercial real, o la valoración de la iniciativa privada y la libre competencia, analizada exclusivamente a partir de los actores privados del sistema, sin ponderar las limitaciones de las empresas públicas, derivadas de las importantes restricciones de su actuar económico, en razón de su naturaleza estatal, sus finalidades y regímenes particulares, guiados por los intereses públicos, a lo que se adicionan cargas reforzadas por el progreso de la cobertura del servicio universal.

Un servicio abierto a la competencia se apoya en el mercado, que en el caso del servicio de la salud está constituido por el empleo formal, en la medida en que la concepción de la seguridad social está fundada en su financiación por parte de los empleadores y los trabajadores. Los recursos públicos no son parte del mercado en competencia y, en esta dinámica, deberían ser residuales, justamente para paliar las limitaciones del mercado. Pero, en un país con un mercado formal precario, donde la informalidad supera habitualmente el 50 %, el mercado en competición para los actores es bastante restringido, lo que se ve reflejado en la progresión de los regímenes contributivo y subsidiado de la salud. Un análisis de la evolución de la cobertura entre los años 2000 y 2014 indica que el régimen de cobertura del régimen contributivo, al que están afiliados los trabajadores formales y los trabajadores independientes que asumen integralmente su propia contribución a la salud, pasó de 13 millones a 20 millones de personas, mientras que en el mismo lapso el régimen subsidiado pasó de 9 millones a 22 millones de personas, con una progresión importante de la cobertura general de 61,2 % a 96,6 % en el mismo período[82]. Según la cifra oficial reportada por el Ministerio de Salud en 2014, el 46,9 % de la población se encontraba en el régimen contributivo y el 53,1 % en el subsidiado[83].

---

82 Elsy Luz Barrera, *op. cit.*, p. 467.

83 Rodrigo Uprimny y Juanita Durán, *op. cit.*, p. 10.

Esta amplitud en la cobertura se vio favorecida por la tutela, que presionó la progresión de la cobertura universal. Un estudio sobre los datos del Ministerio de Protección Social, el Departamento Nacional de Planeación y la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) de 2008 concluyó que el impacto directo de las tutelas en las finanzas del sistema no tiene el carácter sustancial y dramático que se les suele atribuir[84]. No obstante, los efectos indirectos sí se ven en la amplitud de la cobertura del servicio. Ella es asumida esencialmente por las instituciones públicas. "Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, afirma Carlos Arturo Meza, el Instituto de Seguros Sociales (ISS) en su calidad de EPS, Cajanal y Caprecom prácticamente asumieron el aseguramiento de los pacientes de alto riesgo"[85].

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007 prescribe que las EPS del régimen subsidiado están obligadas a contratar un mínimo de 60 % del gasto en salud con las ese del municipio del afiliado[86]. Una valoración de la Contraloría establecía en 2015 que el 57,7 % de los hospitales públicos del país, que suman más de 1.000, se encuentran en riesgo financiero[87].

El régimen jurídico que establece obligaciones y cargas de los municipios y hospitales públicos en la atención del régimen subsidiado, mayoritario frente al contributivo, pone en tela de juicio la viabilidad de un sistema fundado en la competencia. Los costos en los servicios básicos de salud hicieron que las políticas neoliberales de la Unión Europea no los consideraran un campo completamente abierto a la competencia, como lo son otros servicios de alto contenido económico y dinamismo en el mercado, como ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Distinguiendo los servicios

---

84 "... el total de las tutelas y los recobros por comités técnicos científicos (CTC) pagados en el régimen contributivo representa sólo el 5,06 % del total de las fuentes y el 12,7 % del total de recursos del régimen contributivo. En el régimen subsidiado las tutelas pagadas con la cuenta de solidaridad representan sólo 0,4 % del total de las fuentes y el 1,93 % de los recursos disponibles del régimen subsidiado, sin contar con las deudas de la Nación a la cuenta de solidaridad. No se entiende cómo estos montos ponen en grave riesgo la estructura financiera del sistema, menos aún cuando los saldos de períodos anteriores acumularon recursos para pagar estas reclamaciones". Jaime Ramírez Moreno, "La emergencia social en salud: de las contingencias regulatorias a la desilusión ciudadana", *Gerencia y Políticas de Salud*, Universidad Javeriana, Bogotá, vol. 9, n.° 18, 2010, pp. 130-131.

85 Carlos Arturo Meza Carvajalino, *op. cit.*, p. 62.

86 Alfredo Puyana Silva, *op. cit.*, p. 99.

87 Boletín de Prensa n.° 097, 16 de junio de 2015.

económicos de los servicios sociales, según si su prestación está presidida por el ánimo de lucro o por el principio de solidaridad, respectivamente, los primeros se organizan sobre la base del principio de eficiencia económica, mientras que los servicios sociales se organizan sobre la base de criterios de cohesión social y de solidaridad. Así, explica José Carlos Laguna,

> El principio de solidaridad predomina en un seguro laboral obligatorio, financiado por una cuota fija que pagan todos los trabajadores, que no toma en cuenta los específicos factores de riesgo de cada uno de ellos (edad, salud, puesto de trabajo), ni comporta una correspondencia entre las cotizaciones abonadas y las prestaciones y cobertura garantizadas (TJUE, 2011a, §§47-52).
>
> La consecuencia es que, en general, los servicios económicos son costeados por los usuarios, lo que no excluye que el principio de solidaridad pueda jugar también, en una u otra medida, un rol –subsidio cruzado de unos grupos por otros (L, 1997d; 2002; 2000c), o aportaciones públicas–. En cambio, los servicios no económicos, en general, requerirán ser financiados con fondos públicos, lo que no impide que también puedan estar sujetos a una contraprestación económica, a cargo de los usuarios[88].

La Comisión Europea consideró en la presentación[89] de su *Libro verde sobre los servicios de interés general*[90] que los regímenes básicos obligatorios de seguridad social están excluidos de la aplicación de las normas de la competencia y el mercado interior ("Los servicios de interés general en Europa", DOCE 01/C17/04)[91].

La orientación europea daría tal vez razón a Elsy Luz Barrera, cuando considera que el servicio universal, equitativo, de calidad, en un Estado social de derecho, debería fundarse en un financiamiento con recursos fiscales y contribuciones solidarias. Al centralizarlo en las EPS, se propicia la concepción del negocio de la salud que encarece el sistema, genera inequidades y restringe acceso a tecnologías y medicamentos[92].

---

88 José Carlos Laguna de Paz, "Los servicios de interés general en la Unión Europea", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, Lima, n.° 76, 2016, p. 23.

89 Presentación del Libro verde, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52003DC0270, n.° 45.

90 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0270&from=FR

91 Luciano Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 61.

92 Elsy Luz Barrera, *op. cit.*, pp. 28-29.

Es un elemento de más para reflexionar sobre el cambio esencial del modelo de aseguramiento de la Ley 100 de 1993, determinante del régimen jurídico del servicio público de salud asegurado por el Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

Todas las referencias en línea fueron verificadas el 12/04/2021.

Barrera, Elsy Luz, *La salud en Colombia. Entre el derecho a la salud y la racionalidad económica del mercado, 1993-2015*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

Brewer-Carías, Allan Randolph, "El proceso de huida y de recuperación del derecho administrativo", en Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (eds.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, unam, México, 2008, pp. 79-133, http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/28942/el-proceso-de-huida-y-de-recuperacion-del-derecho-administrativo.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Calderón Villegas, Juan Jacobo, "El derecho a la salud: la doble mirada de la jurisprudencia constitucional", en María Lucía Torres Villarreal, *Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008*, Universidad del Rosario, 2009, pp. 89-106.

Correa Henao, Magdalena, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009

Defensoría del Pueblo, *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social*, 2014, p. 168, https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf

Espinosa Torres, Ximena, "El derecho fundamental a la salud en Colombia: base teórica y jurisprudencial", *Saber Ciencia y Libertad*, vol. 8, n.° 1-2013, Universidad Libre, Bogotá, pp. 45-59, https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1876/1404

Fernández, Tomás Ramón, "Empresa pública y servicio público: el final de una época", en *Revista española de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, n.° 89, 1996, pp. 37-48, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/11.pdf

Franco-Giraldo, Álvaro, "La última reforma del sistema general de seguridad social en salud colombiano", *Revista de Salud Pública*, Universidad Nacional de Colombia,

Bogotá, vol. 14, octubre 2012, pp. 865-877, https://revistas.unal.edu.co/index.php/revsaludpublica/article/view/27735/41960

Gañán Ruiz, Jaime León, *Los muertos de la ley 100: prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficiencia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (POSC)*, tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Gañán Ruiz, Jaime León, "De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia", *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. LXVIII, n.° 151, 2011, pp. 187-212.

Gañán Ruiz, Jaime León, "Derecho a la salud y mercado. Casos Colombia y Latinoamérica", *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. LXXI, n.° 157, 2014, pp. 131-155, https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/21660

Gañán Ruiz, Jaime León, "Del derecho a la salud en Colombia. ¿Un derecho seriamente fundamental?", *Quid*, Institución Universitaria Salazar y Herrera, Medellín, n.° 19, pp. 11-24.

Granados Ferreira, Jackeline, "Análisis de las líneas jurisprudenciales que involucran la protección al derecho a la salud en las decisiones de los funcionarios judiciales: la excepción de la inconstitucionalidad", *Iusta*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, n.° 37, 2012, pp. 191-217, https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/1086/1321

Guerrero Vallejo, Gina Yuleisi, "El derecho fundamental a la salud y las falencias del Sistema en el Estado colombiano a partir de la ley 100 de 1993", *Revista Iter Ad Veritatem*, Universidad Santo Tomás, Tunja, 2015, vol. 13, pp. 51-71, http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/1205/1177

Gutiérrez, C., Molina, M. E., Wüllner, A. y Giedión, U., *Las formas de contratación entre prestadoras y administradoras de salud*, Fundación Corona, Fundación Restrepo Barco, Fundación FES y Fundación Social, Bogotá, 1995, https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/1376/Repor_Septiembre_1994_Septiembre_Gutierrez_et_al.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Hernández Álvarez, Mario, *La salud fragmentada en Colombia, 1910-1946*, Instituto de Salud Pública, Universidad Nacional del Colombia, Bogotá, 2002.

Hernández Álvarez, Mario, "Las cifras rojas del sistema de salud", *Razón Pública*, agosto 3 de 2015, http://www.razonpublica.com/index.php/econom%C3%ADa-y-sociedad/8707-las-cifras-rojas-del-sistema-de-salud.html

Hernández Álvarez, Mario (dir.), *La ops y el Estado colombiano. 100 años de historia 1902-2002. Un análisis crítico de la historia de los sistemas de salud en Colombia para el siglo xx*, Lilacs, Bogotá, 2002, https://www.paho.org/col/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=publicaciones-ops-oms-colombia&alias=61-la-ops-y-el-estado-colombiano-cien-anos-de-historia&Itemid=688

Jiménez, Wilson Giovanni, Angulo, Leidy Liliana, Castiblanco, Yuri Paola, Gómez, Mónica Lucía, Rey, Laura Juliana, Solano, Leidy Tatiana y Urquijo, Yuli Carolina, "Ley estatutaria: ¿avance hacia la garantía del derecho fundamental a la salud?", *Revista Colombiana de Cirugía*, Biteca, Bogotá, 2016, n.° 31.2, pp. 81-90, https://www.revistacirugia.org/index.php/cirugia/article/view/249/229

Laguna de Paz, José Carlos, "Los servicios de interés general en la Unión Europea", *Revista de la Facultad de Derecho pucp*, Lima, n.° 76, 2016, pp. 19-50, http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.001

Leuro Martínez, Mauricio y Gutiérrez Roa, Carolina, *Contratación para los servicios de salud*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2017.

López Oliva, José O., "La última reforma del sistema general de seguridad social en salud en Colombia: lejano de la eficiencia y camino a la privatización total", *Prolegómenos. Derechos y valores*, Universidad Militar, Bogotá, vol. xiii, n.° 25, enero-junio de 2010, pp. 219-233, https://doi.org/10.18359/prole.2455

Lozada, Nicolás Ernesto, "En torno al régimen de contratación de las empresas sociales del Estado", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n.° 18, 2006, pp. 153-169, https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/747/707

Manrique-Abril, Fred G., Ospina, Juan M. y Martínez-Martín, Abel F., "La salud: servicio público o derecho fundamental?", *Revista Salud Historia Sanidad*, Bogotá, 2008, 3(2), https://www.researchgate.net/profile/Abel-Fernando-Martin/publication/235947869_la_salud_servicio_publico_o_derecho_fundamental/links/53e2d7030cf216e8321e44d0/la-salud-servicio-publico-o-derecho-fundamental.pdf

Meza Carvajalino, Carlos Arturo, "La eficiencia en la provisión de servicios públicos en salud y sus fallos de mercado", *Equidad y Desarrollo*, Universidad de La Salle, Bogotá, n.° 6, 2006, pp. 51-66, https://doi.org/10.19052/ed.335

Montaña, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Montaña, Alberto, "Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991", *Revista Derecho del Estado*, vol. 14, 2003, pp. 197-210, https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/818/775

Muñoz Segura, Ana María, *La constitución de 1991 y la seguridad social. El derecho laboral generalizado*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015.

Parejo Alfonso, Luciano, "Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros", en *Revista de derecho de la Unión Europea,* Colex, Madrid, n.° 7, 2.º sem. 2004, pp. 51-68, http://revistas.uned.es/index.php/redue/article/download/12431/11632

Parra Vera, Óscar, *El derecho a la salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie desc, Defensoría del Pueblo, 2003, https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf

Puyana Silva, Alfredo, *El subsistema de seguridad social en salud*, 2.ª ed., Serie de investigaciones en derecho laboral, n.° 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

Ramírez, Andrés Mauricio, Rocha, David Ernesto, Durango, Luis Fernando y Rodríguez, Sara Bibiana, "Implicaciones de la ley estatutaria 1751 de 2015 sobre las entidades promotoras de salud del régimen contributivo", *Revista ces Derecho*, vol. 7, n.° 2, julio-dic. 2006, pp. 13-41, https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/3899/2612

Restrepo, Jairo Humberto, "¿Qué cambió en la seguridad social con la Ley 1122?", *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. 25, 2007, https://revistas.udea.edu.co/index.php/fnsp/article/view/215/145

Ramírez Moreno, Jaime, "La emergencia social en salud: de las contingencias regulatorias a la desilusión ciudadana", *Gerencia y Políticas de Salud*, Universidad Javeriana, Bogotá, vol. 9, n.° 18, 2010, pp. 124-143, http://hdl.handle.net/10554/25423

Rebollo, Luis Martín, "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras", en David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, unam, México, 2008, pp. 355-382 https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/17.pdf

Restrepo Villa, Román, "A propósito de la Ley 1122 del 2007: Reforma del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia: esperanza, mito y realidad", *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. 25.1, pp. 90-105, https://revistas.udea.edu.co/index.php/fnsp/article/view/216/146

Reyes Cuartas, José Fernando, "Evolución jurisprudencial del derecho a la salud", en Guerrero Pérez, Luis Guillermo, Rosero, Miguel Polo y Escobar García, Claudia (eds.), *Balance de 25 años de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2019, pp. 209-223.

Rodríguez Pérez, Jorge A., *El derecho a la libertad de empresa en el artículo 38 de la constitución española*, tesis doctoral, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2011, https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/9771/1/0675233_00000_0000.pdf

Uprimny, Rodrigo y Durán, Juanita, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*, Cepal, Bogotá, 2014, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36758/S2014181_es.pdf

Uribe Gómez, Mónica, "Entre la beneficencia y la asistencia pública", *Revista del Departamento de Trabajo Social*, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional del Colombia, Bogotá, n.° 8, 2006, pp. 37-44, https://revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/view/8495/9139

Uruburu Echeverri, Álvaro, "La noción del servicio público y el Estado social de derecho. El caso colombiano", *Novum jus*, Bogotá, vol. 7, n.° 2, 2013, pp. 111-127.

Viera Álvarez, Christian, "La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n.° 21, 2010-1, pp. 197-224, https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6021/6484/12392

Wong Baldiris, Yolanda, "Naturaleza jurídica de los contratos en las empresas sociales del Estado", *Iusta*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, n.° 34, 2011, pp. 201-120,

https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3114/2981

Universidad Externado de Colombia 135 Años

El grupo de investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, consciente de las necesidades visibilizadas por la crisis sanitaria, entrega a la comunidad académica una obra colectiva en la cual se analizan de manera transversal los aspectos generales del derecho administrativo sanitario referidos principalmente a la salud pública como un interés general, la relación y diferencia entre el derecho administrativo de la salud y el de la salubridad pública, y los aspectos organizacionales y sustanciales de la salud y la salubridad pública.

En este análisis se desarrolla el papel del Estado como garante del servicio público de salud, e igualmente su prestación directa por parte de entidades administrativas y por particulares en un régimen de libertad de empresa. De la misma manera, se ahonda en el régimen de responsabilidad de los trabajadores de la salud y el régimen de compras públicas aplicable a este sector administrativo. Este estudio del servicio público de salud se complementa con una perspectiva crítica de las competencias e instrumentos de la Administración pública para la gestión de riesgos que amenazan el orden público sanitario, a partir de lo cual se identifican los retos, avances y perspectivas de la construcción de ciudades con condiciones sanitarias óptimas para el ejercicio de los derechos fundamentales. En síntesis, una investigación sobre los poco explorados contornos del servicio público de salud y del derecho de la salubridad pública, encaminada al desarrollo sistemático de las instituciones del derecho administrativo sanitario y la garantía individual y colectiva del derecho a la salud.