Sentencia C-1489/00

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Administración

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Regulación legal/REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regulación legal

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Regulación legal

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Límites

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Límites a regulación legal/REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cumplimiento de principios y mandatos superiores

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Desarrollo legal justiciable/DERECHO A LA SALUD-Desarrollo legal justiciable/DERECHOS PRESTACIONALES-Regulación legal justiciable/DERECHOS PRESTACIONALES-Control constitucional de regulación legal

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Decisiones económicas legales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS PRESTACIONALES-Alcance

DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Contenido esencial/DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS-Contenido esencial

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Recaudo de cotizaciones obligatorias

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Administración

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Función

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Intermediación

SEGURIDAD SOCIAL-Prestación/SERVICIO DE SALUD-Prestación

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Formas y prestación

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Intermediación

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Intermediación

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Integración

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Costos de administración

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Manejo de recursos

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Costos por administración

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Subsidio de oferta a demanda

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Eficiencia y equidad

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Competencia regulada o pluralismo estructurado

SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Universalidad

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Naturaleza

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Situación empírica

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia sobre indebida aplicación

Referencia: expediente D-2872

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993

Actor: Ballesteros B. Carlos A.

Temas:

La “justiciabilidad” de los derechos sociales y la libertad de configuración del legislador.

Régimen subsidiado, ARS y principios constitucionales.

Relevancia de la situación empírica en el control constitucional abstracto

Magistrado ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Bogotá, D.C., dos (2) de noviembre de dos mil (2000)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Carlos A. Ballesteros

B., quien actúa en nombre y en representación de Luz Stella Alvarez Castaño, Astrid Helena Vallejo Rico, María Esperanza Echeverry, Sara Janeth Fernández Moreno, Abraham Robledo Lagarejo, Germán Reyes Forero y Esteban Zárate Durier, demandó los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993, "por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones". Por medio de auto del 18 de agosto de 2000, el magistrado sustanciador admitió la demanda y ofició al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a la Superintendencia de Salud y a la Contraloría General para que informaran, entre otras cosas, sobre la evolución de la población afiliada al régimen subsidiado en Salud, los recursos disponibles para ese sistema y la estructura de gastos de las entidades encargadas de la administración de ese régimen (ARS). El proceso fue igualmente fijado en lista para las correspondientes intervenciones y se corrió traslado al Procurador. El 1º de octubre, el entonces magistrado sustanciador, el Dr Eduardo Cifuentes Muñoz, se retiró de esta Corte Constitucional, por lo cual continuó conociendo del proceso la Dra Marta Victoria Sáchica, quien se declaró impedida. Por medio de auto del 14 de septiembre de 2000, la Sala Plena aceptó el impedimento, por lo cual el expediente fue repartido al magistrado Alejandro Martínez Caballero.

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

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No.41148, de diciembre 23 de 1993:

"LEY 100 DE 1993

(diciembre 23 de 1993)

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

(…)

Artículo 215.- Las direcciones locales, Distritales o departamentales de salud, suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos recursos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio

Parágrafo: El Gobierno Nacional deberá establecer los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios"

Artículo 216.- Reglas básicas para la administración del régimen de subsidios en salud.

1.- La dirección seccional o local de salud contratará preferencialmente la administración de

los recursos de subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las empresas solidarias de salud.

2.- Cuando la contratación se haga con una entidad que no sea propiedad de los usuarios como las Empresas Solidarias De Salud, la contratación entre las direcciones seccionales o locales de salud con las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante concurso y se regirá por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público.

3.- Un representante de los beneficiarios del régimen subsidiado participará como miembro de las juntas de licitaciones y adquisiciones del órgano que hace sus veces, en la sección que defina la Entidad Promotora de Salud con quien la Dirección Seccional o local de salud hará el contrato. El Gobierno Nacional reglamentará la materia especialmente lo relativo a los procedimientos de selección de los representantes de los beneficiarios.

5.- Los beneficiarios del sistema subsidiado contribuirán a la financiación parcial de la organización y prestación de servicios de salud, según su condición socioeconómica, conforme a la reglamentación que expida el Consejo De Seguridad Social En Salud.

6.- Las direcciones locales de salud, entre sí o con las direcciones seccionales de salud podrán asociarse para la contratación de los servicios de una Entidad Promotora de Salud.

7.- Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado recibirán de los fondos seccionales, distritales y locales de salud, la cuenta especial de que trata el parágrafo del artículo 214, por cada uno de los afiliados hasta el valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la presente ley. Durante el período transición el valor de la Unidad de Pago por Capitación será aquél correspondiente al Plan de Salud Obligatorio de que trata el parágrafo 2 del artículo 162 de la presente ley .

Parágrafo 1.- Los recursos públicos recibidos por las Entidades Promotoras de Salud y/o las Instituciones Prestadoras de Servicios se entenderán destinados a la compra y venta de servicios en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 60 de 1993.

Parágrafo 2.- El 50% de los recursos del subsidio para la ampliación de cobertura se distribuirá cada año entre los beneficiarios del sector rural y las comunidades indígenas hasta lograr su cobertura total."

III. LA DEMANDA

El actor señala que las personas que representa hacen parte del Movimiento Nacional por la Salud Pública. Afirma, entonces, que las disposiciones acusadas violan el preámbulo y los artículos 1, 2, 48 y 49 de la Constitución, toda vez que con ellas se desconoce la intención del Constituyente de asegurar a los habitantes una serie de valores como la vida, la convivencia y el trabajo, entre otros, para así garantizar un orden político, económico y social justo. A su juicio, mediante el sistema establecido en la Ley 100 de 1993 para administrar el régimen subsidiado de salud, muchos de los recursos destinados para la seguridad social resultan beneficiando exclusivamente los intereses particulares de los propietarios de las empresas

que se encargan de la administración de los recursos de cada uno de los regímenes de Seguridad Social en Salud (EPS – ARS). En este contexto, plantea una preocupación específica por la administración de los recursos del régimen subsidiado.

Al respecto anota el demandante que la Ley 100 de 1993 estableció tres subsistemas de seguridad social, a saber: los de pensiones, salud y riesgos profesionales. A su vez, el subsistema de salud se encuentra dividido en dos regímenes: el Régimen Contributivo (RC), que rige la vinculación de los individuos y las familias al sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando ella se realiza a través del pago de una cotización individual y familiar, o de un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador; y el Régimen Subsidiado (RS), que regula tal vinculación cuando ésta se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad. Menciona que, de acuerdo con los mandatos constitucionales, este último régimen debe estar dirigido a cubrir la asistencia en salud de la población que carece de los recursos necesarios para cotizar al sistema (población con Necesidades Básicas Insatisfechas -NBI-), lo que exige que se tomen las medidas necesarias para garantizar la ampliación progresiva de cubrimiento. En efecto, precisa el actor, la población con NBI equivale al 36.55% de la población total del país. Igualmente, afirma que el RS sólo ha logrado una cobertura del 57% de la población potencialmente beneficiaria.

Señala el demandante que, de conformidad con los preceptos legales que regulan la materia, el Estado, representado por las direcciones locales, distritales y departamentales de salud, contrata la administración de los recursos del RC y del RS con Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, respectivamente. Estas entidades administradoras tienen a su cargo la afiliación de los beneficiarios de cada sistema y, a su vez, deben contratar o subcontratar la prestación directa de los servicios de salud con Instituciones Prestadoras de Salud (IPS).

En cuanto hace referencia al régimen subsidiado, manifiesta el actor que sus fuentes de financiación son las transferencias de inversión social destinadas a salud, los recursos propios y de Ecosalud que las entidades territoriales destinan específicamente a este fin, los recursos del situado fiscal y de rentas cedidas a los Departamentos, los recursos para el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, y la participación en transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de empresas de la industria petrolera localizadas en la zona de Cupiagua y Cusiana, todos ellos factores que en su totalidad aportaron, para el año de 1999, $1 billón 119.165 millones.

Adicionalmente, señala, las EPS y las ARS de carácter privado reciben de los fondos seccionales, distritales y locales de salud hasta el valor de una Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada uno de sus afiliados. Agrega que, de acuerdo con lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el valor de la UPC se mantuvo de 1998 a 1999 en $128.530 por año, debido a que conforme a los balances y al cálculo del impacto del ajuste tarifario para 1999, el gasto total en salud sería de un 84.43% de la UPC-S (UPC del régimen subsidiado).

Los anteriores elementos le permiten al actor concluir que la forma como está diseñado el sistema de seguridad social en salud (especialmente en el caso del RS) no es la adecuada

para lograr la ampliación progresiva de la cobertura en los términos propuestos en la Constitución, lo cual se verifica al comparar los índices de cobertura poblacional y el monto anual de gasto en salud. A su juicio, lo anterior se debe a que el diseño del sistema genera unos sobrecostos innecesarios, lo que deriva en la insuficiencia de los recursos para alcanzar la materialización del canon constitucional de ampliación progresiva de la cobertura de la atención en salud. Según su parecer, esta situación deriva de que las ARS cumplen una simple labor de intermediación, que incrementa los costos del sistema, ya que estas ARS no prestan directamente el servicio de salud, ya que tal función corresponde a las IPS. Considera el actor que tal situación resulta contraria a los principios constitucionales de universalidad y eficiencia que deben regir la prestación de servicios en salud, conforme al artículo 48 de la Carta Política, ya que, de acuerdo con los estudios sobre la materia, el 28% de los recursos del RS se desvían de sus fines. Asimismo, señala el actor que esta situación desconoce la prohibición consagrada en el artículo 48 de la Constitución, acerca de que los recursos de las instituciones de la seguridad social no se pueden destinar ni utilizar para fines diferentes a ésta.

Según el demandante, esta situación no puede ser justificada invocando la posibilidad que la Carta establece de que el servicio de salud sea prestado por particulares pero "no que se acuda al simple intermediario que como hemos afirmado, lo que hace es restarle recursos al sistema".

Finalmente, afirma el actor que la existencia de las EPS y ARS como intermediarias para la administración de los recursos del RS constituye un "foco" de corrupción. Lo anterior lo sustenta en el hecho de que se han detectado situaciones de fraude en el uso de los recursos, casos de afiliación múltiple e información errada, etc., circunstancias todas bastante ventajosas y rentables para las ARS si se tiene en cuenta que éstas reciben hasta una UPC-S por cada afiliado al sistema.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervenciones del Ministerio de Salud.

1.1. El ciudadano Virgilio Galvis Ramírez, Ministro de Salud y Presidente del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, remitió a la Corte una serie de cuadros con información comparativa acerca de la cobertura y el uso de los recursos del Régimen Subsidiado, los cuáles serán utilizados, en lo pertinente, en los fundamentos jurídicos de esta sentencia. Con el fin de contextualizar la información enviada, el Ministro afirma que el Sistema General de Seguridad Social en Salud entró en operación el 1 de enero de 1995, pero el RS fue administrado por las entidades territoriales hasta el primer semestre de 1996, fecha a partir de la cual quedó bajo la gestión de las ARS.

En cuanto al proceso de afiliación de la población con Necesidades Básicas Insatisfechas al régimen subsidiado, señala que éste se realiza con base en la información consolidada que ofrece el DANE sobre cada municipio del país, de manera que para efectos de la extensión de la cobertura se concede prioridad a los municipios con altos niveles de NBI. Expresa, además, que para los procesos de afiliación se realiza, por medio del SISBEN, una segmentación de la población de acuerdo con los niveles de pobreza (cantidad de NBI), clasificando a los potenciales beneficiarios del sistema entre los niveles 1 y 6, entendiéndose que a los niveles

1 y 2 pertenecen las personas que tienen una o dos NBI.

Con respecto a la solicitud de que se incorpore al expediente una proyección del RS a 10 años, aclara el titular de la Cartera de Salud que dicha proyección resulta imposible, debido a que el cálculo del impacto de las variables macroeconómicas extrasectoriales no puede llevarse a cabo en un escenario de largo plazo. Por ello, afirma que se ha procedido a elaborar escenarios de corto plazo que permitan la evaluación del sistema de acuerdo con el comportamiento de variables tales como empleo, crecimiento de los salarios, tasas de inflación, tasas de interés y crecimiento demográfico.

Precisa el Ministro que la extensión de la cobertura del RS depende primordialmente de la cantidad de recursos de que se disponga para financiar el valor de las Unidades de Pago por Capitación que corresponde a cada afiliado. Igualmente, manifiesta que la mayor fuente de recursos de financiación del RS proviene de las transferencias que se efectúan en el régimen contributivo, lo que significa que la estabilidad en el empleo y el crecimiento de los salarios de quienes aportan en este régimen desempeñan un papel determinante en la definición del monto total de recursos del RS. En el mismo sentido, manifiesta que las políticas de control del déficit fiscal nacional tienen una repercusión importante sobre el monto de los recursos que son transferidos a los entes territoriales y que son utilizados para la cofinanciación del sistema.

Destaca, finalmente, los esfuerzos realizados por el Gobierno Nacional para garantizar la continuidad en la prestación del servicio a los actuales afiliados y para impulsar el incremento de su número.

1.2. El ciudadano Luis Carlos Sáchica Aponte, actuando como apoderado del Ministerio de Salud, solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad de las normas demandadas. Según su criterio, en el fondo, la demanda contiene un cuestionamiento al sistema de contratación de los servicios de seguridad social en salud, el cual, pese a presentarse como violatorio del preámbulo y de los artículos 2º, 28 y 49 de la Constitución, no puede ser objeto del examen de constitucionalidad porque constituye una manifestación del ejercicio de la libertad legislativa del Congreso, esfera en la cual actúa en forma autónoma.

El interviniente concluye que la acción pública de inconstitucionalidad no puede ser empleada para cuestionar los resultados de una política estatal en sus aspectos financieros y de operación, ya que este tipo de evaluaciones son competencia del ejecutivo o del legislativo a través de sus facultades de control fiscal y político.

1.3. El ciudadano Mauricio Fajardo Gómez, actuando mediante poder especial conferido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud, expuso a la Corte los motivos por los cuales considera que no se debe acceder a las súplicas de la demanda.

Según su criterio, los argumentos expuestos por el actor sólo reflejan opiniones respecto de la conveniencia o inconveniencia del sistema de administración del régimen subsidiado allí consagrado. El interviniente procede entonces a exponer la necesidad de las ARS para el sistema integral de seguridad social en salud y la importancia del papel que desempeñan. Al respecto precisa que estas entidades cumplen una multiplicidad de funciones dentro del sistema, funciones que posibilitan su funcionamiento y entre las cuales se cuentan la

promoción y afiliación de la población que debe pertenecer al régimen subsidiado, y la administración de los recursos que son entregados por las direcciones territoriales de salud para garantizar la prestación de los servicios de salud a las personas afiliadas al régimen.

Rechaza la afirmación del actor acerca de que las normas acusadas permiten a las ARS destinar recursos de la salud para su beneficio personal. En este sentido, expresa que el hecho de que, en virtud del artículo 205 de la ley 100 de 1993, se haya acudido a la denominada Unidad de Pago por Capitación para efectos de remuneración de las Entidades Promotoras de Salud dentro del régimen contributivo, no significa que en el régimen subsidiado a la UPC "le corresponda únicamente la naturaleza de remuneración a favor de la respectiva entidad administrativa."

Como quiera que los regímenes contributivo y subsidiado se sustentan en distintas normas y objetivos, y se financian con recursos diferentes, es claro que las disposiciones, reglas y principios que orientan la administración de sus recursos se regulan por disposiciones especiales y únicas para cada uno de los regímenes. Para el caso del régimen subsidiado, agrega, la administración de los recursos está a cargo de las A.R.S., las cuales, como su nombre lo indica, se encargan de "administrarlos brindándoles un manejo diferente al que dan a sus dineros propios, como quiera que tales recursos deben manejarse a través de uno o varios encargos fiduciarios y solamente pueden utilizarse en la contratación o prestación de los servicios de salud mencionados en el respectivo Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S-, y en el montaje del SISBEN, es decir, tienen una destinación específica, lo anterior, de conformidad con lo señalado tanto en el numeral 5 del artículo 24 como en el artículo 25 del citado Decreto 1895 de 1994."

Así las cosas, considera que es evidente que las ARS no tienen facultades de disposición sobre tales recursos, pues no sólo están obligadas a darles la destinación específicamente ordenada por el Estado, sino que además deben rendir cuentas de su gestión, respondiendo por los dineros que les son entregados para su manejo.

Lo expuesto le permite concluir al interviniente que las facultades de vigilancia y control que tiene el Estado sobre las ARS le imposibilitan a éstas que se apropien de los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud.

2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Actuando como apoderada especial de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la ciudadana Marleni Barrios Salcedo intervino en el proceso para defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Según su parecer, el legislador goza de autonomía en el diseño del Sistema de Seguridad Social, tal como lo ha reconocido esta Corporación en las sentencias C-575-92, C-149-94 y C-126- 95. Ello significa que el Congreso puede permitir la participación de particulares en el Sistema, siempre que dicha participación se sujete a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad.

Explica la ciudadana que "la intervención de las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y las Cajas de Compensación Familiar como administradoras del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, autorizada en la ley 100 de 1993, expedida por el Congreso en ejercicio de su competencia reguladora, no

sólo se ajusta a las previsiones constitucionales señaladas y referidas a la regulación de los servicios públicos, sino que constituye un elemento importante en el diseño de la seguridad social como un Sistema con una pluralidad de agentes y opciones para la organización y prestación de los servicios de salud, que tiene como pilares fundamentales la universalidad, la solidaridad y la eficiencia."

Agrega la interviniente que, conforme a lo expuesto en la sentencia SU-480 /95 de la Corte Constitucional, los artículos 48 y 49 de la Constitución Política autorizan que dentro de la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud se contemple la existencia de entidades promotoras de servicios de salud de carácter privado, que prestan el servicio por delegación del Estado. En este contexto, concluye la ciudadana, "se crea el nuevo Sistema de Seguridad Social en Salud, como un proyecto estructural que cambia y reorganiza el sistema de prestación de servicios de salud; se pasa de un modelo de prestación pública de servicios de salud (asistencial), hacia la prestación del servicio público de seguridad social en salud y a los servicios de salud pública; buscando con ello la complementación entre los proveedores de servicios públicos y privados, y la competencia de los administradores y prestadores por proveer un mejor servicio para los usuarios."

En lo relativo a la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, indica que, conforme a lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, éste se configura como un sistema de aseguramiento, en el que coexisten articuladamente para su financiamiento y administración un régimen contributivo y un régimen subsidiado, para los cuales se establece claramente el plan de beneficios, su financiamiento y los responsables de su manejo, es decir, quienes están encargados de prestar el plan obligatorio de salud en cada uno de los dos regímenes dentro de los parámetros legalmente fijados.

En este esquema de aseguramiento, expone la interviniente, hay un manejo del riesgo "que busca disminuir para los afiliados la incertidumbre financiera asociada con la ocurrencia de los eventos de enfermedad futuros e inciertos", por lo cual "el Sistema reconoce a las administradoras el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC por la prestación directa o indirecta de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud". Señala entonces la ciudadana:

"En este sentido, el esquema de seguridad social exige la intervención de un tercero que asuma el riesgo derivado de las contingencias de salud que tendrían que asumir directamente las personas, los empleadores y/o el Estado, de manera que las exigencias de unas entidades administradoras del régimen contributivo como del régimen subsidiado, en tanto actúan como una forma especial de aseguradoras, que reciben como pago una prima, la unidad de pago por capitación, para el cubrimiento de la prestación de los servicios de salud contemplados en el POS, se ajusta no sólo a las previsiones constitucionales que facultaron su diseño sino también a la noción misma de seguridad social."

Las anteriores consideraciones permiten afirmar a la interviniente que con el establecimiento de régimen subsidiado se posibilita el cumplimiento de los principios de universalidad y eficacia, pues no sólo permite la ampliación de la cobertura hacia sectores poblacionales vulnerables, sino que además garantiza que los recursos fiscales se dirijan a subsidiar la demanda y a atender los frentes curativo, preventivo y de promoción de salud.

Así las cosas, afirma, lo que el actor denomina "sobrecostos del sistema" no constituye cosa distinta que los gastos inherentes a la organización y garantía de acceso a los servicios de salud y prevención de la enfermedad dentro de los parámetros de calidad y eficiencia. En efecto, para el cumplimiento de los fines del sistema de seguridad social (C.P., art. 48) las entidades que administran los regímenes contributivo y subsidiado incurren en gastos de funcionamiento y administrativos, los cuales, junto con las previsiones pertinentes para el Plan Obligatorio de Salud, se proyectan en la definición por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de la Unidad de Pago por Capitación. Aclara además la interviniente que el CNSSS, por medio de los acuerdos 117 y 130 "estableció que por lo menos el 85% de la UPC debe destinarse a la prestación de los servicios de salud contenidos en el POS", lo cual significa que sólo el 15% es reservado "para los costos administrativos que, como se indicó, son inherentes a las actividades del aseguramiento". Por ello , En consecuencia, no puede afirmarse que las entidades que realizan la labor de administración y aseguramiento del régimen subsidiado se estén apropiando y lucrando con el 28% del valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC."

Asevera que, si bien es cierto que las entidades del régimen subsidiado incurren en gastos considerables, también lo es que dichos gastos están directamente relacionados con el desarrollo de múltiples actividades, entre las que se cuentan la promoción y afiliación de la población beneficiaria, el establecimiento del servicio de atención al usuario y la evaluación y mejoramiento de la red de servicios. En consecuencia, concluye, "el porcentaje de recursos señalado por el actor como no destinado al gasto en salud, para señalar que con ellos se benefician los propietarios de las empresas que se encargan de su administración, no puede considerarse ni aceptarse que, porque existe un sistema de aseguramiento o porque en dicho sistema se autoriza la intervención de un tercero, se generan estos costos. Con las administradoras o sin ellas, dichos costos se causarían e incluso podrían ser mayores."

3. Intervención del Departamento Nacional de Planeación (DNP)

El DNP aportó a la Corte una serie de cuadros comparativos de los años de 1995 a 1999, en los cuales se relacionan los porcentajes de la población pobre, en condiciones de miseria y con NBI afiliada y no afiliada al RS, y los porcentajes del total de las personas cubiertas por el SGSSS que están afiliadas al RS. Aclara el DNP que la información se presenta a partir de 1995, toda vez que el SGSSS entró en operación en enero de ese año. Igualmente, Planeación anexó cuadros comparativos de la estructura de cofinanciación del RS entre 1995 y 1999 y un cuadro contentivo de las fuentes de financiación de "recursos para oferta" del RS. En cuanto a las fuentes de financiación del Régimen, señala el DNP que la prestación de servicios a la población carente de recursos se hace a través de la asignación de medios para la afiliación de la población (subsidios de demanda) y de las transferencias de recursos a las instituciones hospitalarias (recursos de oferta).

Manifiesta el DNP que a pesar "de la disminución de la población objetivo de los hospitales, al afiliarse al RS más de 9.3 millones de personas, los recursos otorgados a los hospitales públicos como transferencia directa se han incrementado". Expone que los hospitales están recibiendo recursos por la venta de servicios a las ARS y a las EPS. Anota que debe tenerse en cuenta que, a fin de aumentar la cobertura del RS, resulta necesario que los recursos transferidos a las instituciones hospitalarias se dediquen a la ampliación del aseguramiento,

y que los hospitales adelanten un proceso de reestructuración que les permita ser eficientes y viables financieramente.

Agrega el interviniente que la ampliación de la cobertura del RS está sujeta al comportamiento en el largo plazo de las fuentes de financiación del sistema y a los criterios de distribución de los recursos entre los subsidios de demanda y los subsidios de oferta. Estas fuentes de financiación, aclara, "dependen del comportamiento de variables macroeconómicas tales como el crecimiento real y nominal de la economía, la tasa de inflación y el crecimiento demográfico", al tiempo que están sujetas a los cambios de política fiscal.

Finalmente, el DNP precisa que para la elaboración de los cuadros anexos se tuvieron en cuenta las siguientes variables: situado fiscal; rentas cedidas al sistema; recursos provenientes de las Cajas de Compensación y de las cuentas de solidaridad; recursos propios de las entidades territoriales; excedentes financieros de las cuentas de solidaridad; fórmulas de cofinanciación de los recursos; y el costo de afiliación individual proyectado en el valor de la UPC-S.

El ciudadano Gilberto Toro Giraldo, obrando en su calidad de Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios, abogó por la declaración de exequibilidad de las normas atacadas.

Afirma que el actor acude en su demanda a "argumentos que giran en redondo y se vuelvan sobre sí mismos", por cuanto fundamenta su cargo de inconstitucionalidad en una ley ordinaria (art. 48 de la ley 100 de 1993) y no en una norma de rango superior. Señala además que, tal como ocurre con los servicios públicos domiciliarios, nada se opone a que el legislador regule los servicios de salud, determinando, por un lado, la estructura y normatividad de las empresas que se encargan de su prestación y, por el otro, las facultades de regulación, control y vigilancia que le corresponde al Estado ejercer sobre ellas.

Agrega que la presencia de intermediarios en la prestación de los servicios de salud garantiza que ellos sean suministrados con calidad, eficiencia y a bajo costo. Considera que obligar a los municipios y departamentos a encargarse de esta tarea, además de resultar lesivo en términos de economía y efectividad, significaría una intromisión desmedida en el ámbito de autonomía que les está constitucionalmente garantizado.

Concluye su escrito con la aseveración de que es al legislador al que le corresponde evitar la desviación de los recursos para el funcionamiento del sistema, a través del diseño de fórmulas que limiten los gastos de administración de las ARS,

5. Intervención de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", ONG.

Los ciudadanos Alirio Uribe Muñoz y Reinaldo Villalba Vargas, miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", coadyuvaron la demanda contra los art. 215 y 216 de la Ley 100 de 1993.

Estiman los intervinientes que las normas acusadas son inexequibles en la medida en que generaron una intermediación en el manejo de los recursos de la salud, que tiene como

consecuencia que hoy se afirme que el 40% de éstos se queden en manos de las EPS y las ARS. Sostienen que al facilitar y legitimar que las EPS y las ARS intermedien entre los usuarios y las entidades prestadoras de los servicios, el Estado viola las obligaciones adquiridas en múltiples instrumentos jurídicos internacionales, tales como el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 12 de la Convención Sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño, el art. 24 de Convención Internacional de los Derechos del Niño, el 8 de la Declaración Sobre el Derecho al Desarrollo, los arts. 5, 11 y 12 de la Convención Internacional de sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración del Alma-Ata (Organización Mundial de la Salud), el Convenio sobre Seguridad Social (norma mínima), el Convenio 102 de la OIT, etc.

Para fundamentar sus acusaciones, los ciudadanos intervinientes hacen una relación sucinta tanto de los instrumentos internacionales relativos a problemas específicos del tema de la salud como de las responsabilidades que ellos establecen en lo que atañe a la violación de los derechos humanos de las personas y los grupos poblacionales cuya debilidad y desprotección es manifiesta. A renglón seguido, resaltan el carácter de obligación pública que reviste al servicio de salud y la "obligación de hacer" que el art. 49 de la Carta Política impone al Estado en el sentido de garantizar a todas las personas el acceso a este servicio público. Asimismo, refieren que la salud es un derecho inherente a la existencia de todo ser humano, puesto que está en conexidad con el derecho a la vida. Hacen referencia, además, a la protección de que es objeto el derecho a la salud en nuestro ordenamiento, como una fórmula establecida por el Constituyente para garantizar una igualdad efectiva y real.

En concepto de los intervinientes al Estado le asiste una responsabilidad positiva con respecto a la salud, en tanto que debe intervenir activamente para prevenir y controlar enfermedades, garantizar el acceso a servicios y promover un ambiente favorable. En este sentido, expresan que es deber del Estado reconocer el derecho a la salud e incorporar en la legislación interna previsiones que aseguren la vigencia de los tratados y pactos internacionales, para así asegurar el disfrute del derecho a la salud en términos prácticos. Agregan que, desde la perspectiva de los derechos humanos, la salud debe ser vista como un bien público, para cuya satisfacción se requieren recursos concebidos como inversión social y no simplemente como gastos.

De otra parte, señalan los intervinientes que el Estado tiene un deber de satisfacción progresiva de los derechos sociales, cuya significación envuelve la no adopción de medidas legislativas, políticas o de otra índole que reviertan los logros alcanzados. En este sentido, advierten que el cubrimiento progresivo de los servicios de salud no puede justificar la postergación indefinida de las obligaciones del Estado en la satisfacción de estos derechos. Además, precisan que las obligaciones de alcance progresivo requieren del uso efectivo de los recursos disponibles, independientemente del incremento de los mismos. Los Estados asumen el compromiso de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos disponibles, lo que significa que su realización constituye una prioridad jurídicamente definida, cuyo desconocimiento en la práctica es ilegítimo. Cuando la ley permite reducir los recursos para la salud de la población colombiana, trasladando buena

parte de ellos al bolsillo de los intermediarios, según se desprende de las disposiciones normativas demandadas, todas las obligaciones que le asisten al Estado se hacen ilusorias.

Finalizan su intervención solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la figura de la intermediación y sugiriendo el rediseño de la administración de los recursos.

6. Intervenciones ciudadanas

6.1. Las ciudadanas Martha Lucía Escobar P. y Elsa María Villegas, profesoras del Departamento de Medicina Preventiva de la Universidad de Antioquia, y Lina María Gaviria y Diana Alexandra Alzate, estudiantes de undécimo semestre de medicina de la Facultad de Medicina de esa Universidad, presentaron las conclusiones de la investigación que llevaron a cabo sobre la "Aplicación de las Acciones de Promoción de la Salud y Programas de Prevención de la Enfermedad en el Régimen Subsidiado en la ciudad de Medellín". A su juicio, la investigación permite describir algunos resultados de las políticas nacionales a nivel local -para este caso en la ciudad de Medellín-, específicamente en cuanto a la efectividad del RS en la cobertura y atención de la población más pobre.

Según se desprende del documento allegado al proceso, la investigación consistió en la elaboración de 16 talleres con personas afiliadas o potencialmente afiliables al SISBEN (cada taller contó con la participación aproximada de 16 personas), y en la realización de una serie de encuestas sobre los servicios del SISBEN dentro de un grupo poblacional focalizado en barrios pobres (estratos 1, 2 y 3) de las zonas Nororiental, Centroriental, Centroccidental y Noroccidental de la ciudad de Medellín.

En el informe se concluye que, para el caso de régimen subsidiado en Medellín, las acciones de promoción de la salud y los programas de prevención de la enfermedad tienen un desarrollo muy precario. A criterio de las investigadoras, ello se debe, entre otros factores, al bajo nivel de información de los núcleos familiares acerca de que las acciones de promoción y los programas de prevención son responsabilidad de las ARS.

Señala la investigación que la normatividad ha sido consistente en contemplar la educación para los afiliados acerca de sus deberes y derechos en punto a la salud como parte del paquete básico de servicios en el POS subsidiado. Lo anterior, con el fin de incrementar en los usuarios del sistema el conocimiento sobre el uso adecuado de los servicios de salud y sobre las fórmulas de conformación de alianzas de usuarios en cada ARS. No obstante de los resultados del estudio realizado se desprende que más del 96% de los núcleos familiares investigados manifestaron no haber recibido información sobre la existencia de alianzas de usuarios, lo que significa que el impacto en educación sobre estas formas de participación es insignificante. Asimismo, indican que, de acuerdo con los resultados de la investigación, la situación no es mejor en relación con la información sobre los deberes y derechos en materia de salud y sobre el uso adecuado de los servicios sanitarios, toda vez que de la población encuestada sólo una cuarta parte reconoció haberla recibido, en su gran mayoría de parte de las ARS.

El informe expresa que, si se tiene en cuenta que el nivel de desarrollo que logra alcanzar la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad en las colectividades tiene una incidencia directa sobre el estado de bienestar en general, y de la salud en particular, para el

caso de la ciudad de Medellín se puede concluir que la cobertura del servicio de atención en salud por medio del RS resulta precaria. En igual sentido se advierte cómo el sector de salud pública está seriamente descuidado en lo que respecta a la población cubierta por el régimen subsidiado.

En lo que atañe específicamente a la cobertura del RS en las zonas de impacto del estudio, encuentran las investigadoras que ésta presenta serias dificultades. De un lado, manifiestan que la investigación arroja como resultado que la cobertura de la población potencialmente afiliable al RS es porcentualmente baja debido, fundamentalmente, a fallas en el sistema de información del SISBEN. En este sentido, exponen que se estableció que de la población potencialmente afiliable sólo ha sido encuestada, para efectos de tramitar la afiliación al régimen, el 77.5%. Indican que se detectó que, de ese 77.5% de personas encuestadas, un porcentaje importante de los estratos 1 y 2 ha sido excluido de los beneficios del régimen por motivos inaceptables, a juicio de las investigadoras, tales como ser bachiller, tener electrodomésticos en la casa y factores similares. Lo anterior demuestra que el sistema de clasificación de personas "afiliables" por parte del SISBEN no detecta a las personas que lo necesitan, lo que, en criterio de los propios usuarios (o potenciales usuarios), se traduce en que "el derecho a la salud de la gente parece quedar sometido al capricho de los encuestadores". Este hecho, a criterio de las investigadoras, "fomenta una ciudadanía diferenciada y una lucha individualista por el acceso a la salud."

La investigación también realiza un muestreo sobre las personas que han sido afiliadas al RS y sobre la clasificación que dicha población ha obtenido dentro del sistema, con el fin de establecer cuáles han sido los beneficios que han recibido de parte del sistema, y cómo califican los niveles de atención. En este punto se concluye que, de las personas beneficiarias del sistema, las que expresan una mayor satisfacción con respecto a los servicios del mismo se ubican en los niveles de clasificación 1 y 2. Esto, unido a las dificultades ya señaladas con respecto a los criterios de clasificación (ser bachiller, etc.), ha conducido a que la mayoría de las personas beneficiarias se muestren inconformes con su nivel de clasificación.

En igual sentido, la investigación establece que el proceso de carnetización de la población beneficiaria del sistema representa un problema adicional. En el acto de la afiliación se expide una certificación, en la cual se da constancia de que la persona se encuentra inscrita en el sistema. Sin embargo, los servicios a los que da derecho el mencionado documento son muy restringidos, en comparación con los que se pueden obtener con la presentación de carné. Consideran las investigadoras que el problema fundamental en este punto radica en que entre el momento de la afiliación y el momento de la expedición del carné generalmente transcurren varios meses, lo cual implica, de un lado, la desprotección del beneficiario, y del otro, una ganancia adicional para la ARP, que desde el momento mismo de la afiliación recibe la UPC-S correspondiente, a pesar de no estar prestando todos los servicios a los que estaría obligada.

De otra parte, las investigadoras agregan que el sistema de información del SISBEN no está en capacidad para atender los cambios en las condiciones de vida de la población afiliada o potencialmente afiliable, al tiempo que no cuenta con un buen sistema que permita la oportuna actualización de datos y la consecuente renovación de los carnés o, en su defecto, de los certificados de afiliación. Asimismo, señalan que las deficiencias en el manejo del

sistema de información y actualización de datos ha llevado a que un 7.2% de la población cubierta por la muetra se encuentre afiliada simultáneamente al régimen subsidiado y al contributivo, mientras que otra población potencialmente afiliable, como puede ser la población desplazada que llega a la ciudad de Medellín, no ha sido cubierta.

En relación con la gestión del sistema, las investigadoras afirman que los sistemas de información son igualmente deficientes, dado que no existe una buena guía para el usuario. Sobre este punto la investigación señala que un buen porcentaje de la población actualmente cubierta por el RS, del cual se excluyen básicamente los afiliados en el nivel 1, considera que la atención y la prestación de servicios de salud en general era mejor "antes del SISBEN". A juicio de las personas muestreadas, el cambio de régimen ha deteriorado tanto el servicio y las posibilidades de acceder a él, como la calidad de los profesionales médicos y de los trabajadores de la salud que lo prestan. El estudio evidencia cómo, a pesar de las proyecciones y de los mandatos legales, cinco años después de puesto en marcha el sistema, su oferta se reduce a servicios en salud.

Con base en las anteriores consideraciones, la investigación concluye que, en lo que toca al RS en la ciudad de Medellín, tanto la calidad en la prestación del servicio, como la cobertura y su proyección son sumamente precarias. Por ello, señalan las investigadoras que es de esperar un deterioro significativo en el nivel de la salud de la colectividad implicada, si no se transforman estas circunstancias. De otra parte, aseveran que no es desestimable la dificultad que se observó para utilizar la información disponible en la base de datos del régimen de salud subsidiado, pues gran parte de los datos sobre afiliados presenta inconsistencias. Así ocurre, por ejemplo, con direcciones que no existen o que no corresponden a las ARS indicadas en la base. Si se tiene en cuenta que esta base de datos constituye el parámetro para realizar los pagos a las ARS, expresan que sus deficiencias generan interrogantes acerca de cuáles son las formas más adecuadas de control para evitar la corrupción y el pago a las ARS de UPC por personas que no se han ubicado y que, por lo tanto, no conocen la disponibilidad de los servicios de salud a que tendrían derecho.

6.2. El ciudadano Jairo Humberto Restrepo Zea, investigador y director del Centro de Investigaciones Económicas de la Universidad de Antioquia, expuso algunas consideraciones que consideró útiles para el estudio del RS. En su criterio, el RS adolece de varios tipos de problemas que deben ser tenidos en cuenta para evaluar su pertinencia y articulación con los principios constitucionales que orientan la seguridad social en el país.

En primer lugar, considera el interviniente que el RS presenta problemas de diseño que hacen imposible alcanzar las metas y los propósitos establecidos en la ley 100 de 1993. A su juicio, la adopción de un intermediario entre el Estado (representado por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud) y los agentes prestadores de los servicios de salud genera unos costos de transacción muy altos, que si bien podrían expresarse en términos de un margen de intermediación, también podría resultar produciendo un costo de oportunidad muy elevado – al hacerse más complejo y lento el flujo de recursos -, así como generar tensiones entre los agentes que intervienen en el modelo.

Considera el interviniente que existe una alta posibilidad de que el servicio de administración del régimen subsidiado tienda a ser monopolizado por unas cuantas empresas, puesto que,

pese a que se ha consagrado un sistema de libre elección sobre las diferentes administradoras, las condiciones para que pueda hablarse de un mercado competitivo – de muchos demandantes y de muchos oferentes que a la vez posean una buena información sobre el mercado -, difícilmente se cumplen en todo el territorio nacional. En este sentido, el ciudadano cita un estudio realizado por la Universidad de Harvard, en 1995, para la elaboración de un plan maestro de implementación de la reforma en salud, en el cual se determinó que, para el año 2005, tal vez "entre un 40% y un 50% de la población colombiana vivirá en comunidades en donde las condiciones competitivas razonables no pueden ser establecidas para soportar la competencia". Agrega que en otros países el modelo implementado comporta la adopción de "cuasi mercados", basados en la conservación de monopolios públicos y en la generación de mecanismos de negociación que simulan la competencia y facilitan la productividad y la eficiencia de los organismos y funcionarios. Los niveles de eficiencia y la mayor capacidad de contención de costos y gastos que muestran los sistemas con financiamiento, gestión y provisión públicos son evidentes en países como el Reino Unido, Canadá y España, entre otros, los cuales exhiben, además, indicadores de salud sobresalientes. En el país, la ausencia de competencia comienza a ser reconocida por el gobierno al establecer, mediante el decreto 1804 de 1999, la obligatoriedad de que cada ARS posea al menos 200.000 afiliados en marzo del año 2001. Esta medida conducirá a la fusión de entidades y al reparto de mercados, de manera que en muchos de los municipios se consolidará una sola ARS, demostrándose con ello que no habrá lugar a la referida competencia, de manera que al establecerse una entidad prestadora dominante para el caso de los municipios pequeños y medianos, por ejemplo, resultará claro que el intermediario sobra.

Continúa el interviniente señalando que la escasez y declinación de los recursos que financian la afiliación y la atención de la población del RS constituye uno de los obstáculos fundamentales para que el sistema alcance la meta de ampliación progresiva de la cobertura, consagrada constitucionalmente. Al respecto, menciona que en la actualidad se presenta una enorme dificultad, ya que el SGSSS no cuenta con los recursos necesarios para atender a la población vinculada que está a la espera de afiliación al RS. Frente a ello, a su juicio, resultaría prudente congelar la ampliación de la cobertura de población afiliable a las ARS.

Por último, se refiere a las dificultades existentes para la identificación y selección de los beneficiarios del RS (SISBEN), las cuales explican que gran parte de la población no sea reconocida como pobre y tampoco pueda acceder a la afiliación en el régimen contributivo. Recomienda la consulta de ciertas fuentes investigativas en lo atinente a los aspectos administrativos y políticos del régimen, particularmente a la corrupción que se presenta.

6.3. Por escritos separados y de contenidos idénticos, los ciudadanos Carmen Evelia Pico Merchán, Coordinadora del Programa de Salud y Trabajo de la Escuela Nacional Sindical, Carmen Evelia Pico Merchán y Norberto Ríos Navarro intervinieron para respaldar la demanda de inconstitucionalidad. Acompañan a sus intervenciones copia de los siguientes artículos, publicados en los Cuadernos de Economía de la Universidad Nacional, No. 30, 1999: "Plan de Desarrollo: Lo público y las finanzas públicas", escrito por Cesar Giraldo, que señala, en síntesis, que, en el corto plazo, no existen perspectivas de modificar la orientación del gasto público para aumentar la cobertura en salud para la población más pobre; y "La

política social en el Plan de Desarrollo", cuya autora es Consuelo Corredor, en el cual se explica, grosso modo, que el mantenimiento de la intermediación en el aseguramiento en salud niega, en la práctica, la viabilidad del Estado Social de Derecho y el principio de progresividad de los derechos sociales.

6.4. Por escritos separados y de igual contenido, los ciudadanos Doris Cecilia Ochoa Jaramillo, Clara Inés Restrepo Mesa, Mario Esteban Hernández Alvarez, Ariel de Jesús Hernández Serna, Carlos Julio Díaz Lotero, Jorge Arturo Bernal Medina, María Angélica Arzuaga Salazar, María del Pilar Pastor, Mariela Gómez, Francia Palacio, Dora Lucía Gaviria Noreña, Cielo Noreña, María Gemma Jaramillo, Hilda Acosta de R., María Eugenia Alvear, Yamile Díaz de Correa, Olga Correa de A., Silvia Benítez Restrepo, Luis A. Taborda, Bernardo Tamayo, Oscar Jaramillo Luján, Lina Marcela Echeverry, Arnoldo Urrea Hernández, Alba Rodas, Mario León Garcés Mejía, Silvia Zuluaga Gil, Merly de Jesús Gómez Ortega, Elsa María Villegas M., Martha Valencia Osorio, Rodrigo Neruda Serna, Sandra López, , Angelo Graciano, Paula Andrea Botero, Sandra Parra, Fredy A. Peláez Gómez, Rubén M. Restrepo, Javier Zapata Jaramillo, Olga Martínez Cano, Dorian Quiceno, Aura Cecilia Gómez Bayona, Jairo Nicolás Yepes Londoño, Humberto Antonio Loaiza, Jorge Eliécer Montoya Granada, Fabio Enrique Henao Serrano, Rodrigo Alberto Guisado Montoya, Heriberto Antonio Cifuentes Jaramillo, Filemón Guerra Suárez, Luis Javier Vélez O., Claudio Sánchez Ramírez, Ernesto Antonio Londoño Correa, Jorge Antonio Díaz Forunda, Alvaro Zapata Monsalve, Jorge Ivan Monsalve, William de Jesús Posada González, Santiago Luis Pérez Yepes, Armando Rojas Piedrahita, Jaime de Jesús Restrepo Monsalve, Edgar Hilario Arboleda Paniagua, Fernando de Jesús Barrientos Lopera, José Ricaurte Osorio López, Jhon Jairo Quintero, José Manuel Meneses Gómez, Jesús Hernando Montoya García, Raúl Arango Montoya, Carlos Arturo Echavarría Hernández, Samuel de Jesús Medina Arango, Carlos Augusto Flórez, Gilberto Naranjo Cárdenas, Francisco Javier Ortega Arboleda, Ferney Alberto Zapata Vallejo, Jairo de Jesús Palacio Cardona, Luis Ernesto Marín, Ricardo Antonio Alvarez Restrepo, Francisco de Paula Escobar Rivera, Ubaldo Castrillon Franco, José Guillermo Bustamante, Joaquín Palacios Mosquera, Guillermo Antonio Pérez Idárraga, José Virgilio Duque Cardona, Belmiro Graciano Valle, Saúl Humberto Vargas Palacio, Carlos Julio Jurado Arenas, Armando Alonso Loaiza Villa, Martín Emilio Urán Ibarra, Fredy Hernán Loaiza, Jorge Eliécer Mora, Luis Fernando Alcaraz Saldarriaga, Tiberio de Jesús Guerra Agudelo, Andrés Flórez Patiño, Héctor Jaime Alvarez Moreno, Luis Alberto Florez Galeano, Marco Antonio Hoyos Echeverry, Gilberto Montoya Gaviria, José Libardo Mesa Lopera, Nareilo Mosquera Berrío, Héctor Jairo Palacio Uribe, Luz Dary Ortiz Cataño, Marlon Eduardo Bedoya Díaz, Raúl Alcídes Clavijo Muñoz, Luis Eduardo Amézquita Ossa, Jorge Mario Mazo Henao, Gustavo de Jesús Gutiérrez Ortíz, Luis Guillermo López Sierra, Luis Iván Pérez Luján, Joaquín Elías Montoya Herrera y Omar de Jesús Hernández Restrepo adhieren a la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 215 y 216 de la Ley 100 de 1993. Consideran los intervinientes que la exigencia de intermediación de las entidades administradoras para la prestación de los servicios de salud en el RS contraría los principios de solidaridad y eficacia que deben acompañar el desarrollo de la institución de la Seguridad Social, toda vez que genera unos sobrecostos innecesarios, mediante los cuales se alimentan las arcas del intermediario. Por esta vía, continúan, lejos de ampliarse la cobertura de la seguridad social, se imposibilita su expansión y se desmejora la calidad y cantidad del servicio. En criterio de los intervinientes, el mantenimiento de la figura, tal y como se encuentra diseñada, permite el desvío de recursos del sistema por medio de prácticas de corrupción, como la múltiple

afiliación y el registro de información errada, lo cual repercute negativamente para efectos de la distribución de los fondos obtenidos del pago de la Unidad de Pago por Capitación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, en concepto No. 2218 recibido el 22 de junio de 2000, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de los artículos 215 y 216 de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, se expone el ámbito jurídico-político que rodeó la creación y desarrollo del Sistema de Seguridad Social en Salud, y más específicamente del régimen subsidiado. En este punto se refiere al carácter integral y descentralizado que reviste tal institución en un Estado Social y Democrático de Derecho, a la garantía que debe ofrecer el Estado sobre la prestación del Servicio en Salud, a la dinámica de ampliación progresiva de su cobertura a todos los sectores de la población, a la libertad configuración normativa que fue otorgada constitucionalmente al legislador para llevar a cabo los cometidos en esta materia y a la armonía que debe guardar el sistema con los fines generales trazados por la Carta Política.

A continuación, la Vista Fiscal explica, de manera general, los contenidos y el funcionamiento del RS. Igualmente, realiza una descripción taxativa del origen de los recursos que lo financian. El curso de la argumentación ofrecida se contrae en síntesis al desarrollo de dos aspectos: la relación Estado-EPS, y el contenido de un Informe del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Para el primer punto, retoma, inicialmente, la sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, de la cual transcribe algunos de sus apartes referidos a la destinación de los recursos públicos para la seguridad social, al mantenimiento del equilibrio económico-financiero o restablecimiento de la ecuación financiera y a la valorización de las UPC. La realización de los objetivos que respecto de dichos factores señala la ley, según señala el Ministerio Público, debe ser garantizada por el Estado en procura de beneficiar a todos los intervinientes en el SGSSS. Estima la Vista Fiscal que la delegación de la prestación de un servicio implica necesariamente que quien se hace cargo de ella tiene derecho a recibir una contraprestación. Ello, en su criterio, no significa que lo que se recauda pertenece a la EPS, sino que nutre el Sistema General de Seguridad Social, como contribución parafiscal.

El Ministerio Público reseña un informe del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el cual se señala que el cambio de gobierno obligó efectuar ajustes en las estrategias y metas del sistema de seguridad social para adecuarlo a los lineamientos de la política económica y social trazada por el Gobierno Nacional para el corto y mediano plazo. En este sentido, explica, los ajustes persiguieron armonizar la aplicación de la Ley 100 de 1993 con la situación real del país y del sector salud, garantizando un monitoreo sobre la sostenibilidad del Sistema y la consolidación del modelo de atención en Salud. Las medidas adoptadas por el Gobierno se orientaron a ajustar y perfilar los criterios de asignación y manejo de los recursos de manera eficiente, priorizando las acciones en las áreas de alto impacto social y controlando la evasión de aportes. Para el efecto fueron diseñadas una serie de estrategias de homogeneización, como el establecimiento de subsidios para la población perteneciente al nivel 3 del Sisben, de acuerdo con los recursos disponibles y la capacidad de pago. Además, en lo que se refiere directamente a la cobertura del SGSSS, se especifica cómo la

estrategia de reestructuración fue planeada en función de las coberturas alcanzadas en cada municipio respecto de la población con NBI.

Destaca la Vista Fiscal que, de acuerdo con el registro puntual de cifras que contiene el informe, "la cobertura bajo el esquema de aseguramiento en el POS de la población total se encuentra cercano al 61%, situación que se mantenía a julio de 1999, lo cual permite el acceso a mas de 25 millones de personas afiliadas (8.5 millones pertenecen al Régimen Subsidiado y 16.6 millones al Régimen Contributivo) independientemente de su aporte económico al sistema por razón de la solidaridad, pero faltando aún 16.3 millones de personas. El aumento de cobertura a que se alude no se enfoca exclusivamente al número de afiliados, sino que involucra, además, el desarrollo cualitativo de los servicios de salud".

Añade que, de conformidad con la información suministrada por la Dirección de Estudios Económicos e Inversión Pública del Ministerio de Salud, y con base en la información presentada por las diferentes ARS, se demostró que: " El promedio simple del gasto en salud fue de 71.92% de la UPC-S, y la mediana por concepto del gasto en salud fue del 84.43% de la UPC-S porcentaje inferior al definido como gasto mínimo en salud. En razón de lo anterior el CNSSS expidió el acuerdo 130 que mantuvo la UPC para 1999 en la suma de $128.530 año". Igualmente, menciona que por medio de los acuerdos 114, 128 y 1333 del CNSSS y en virtud de lo dispuesto por la ley 344 de 1996, y el Decreto 3007 de 1997, se estableció como condición de operación que el 75% de la UPC se utilizara como mínimo para la prestación de servicios y el 10% para promoción, prevención y financiación de la interventoría externa de los contratos del Régimen Subsidiado -esto último con el propósito de evitar la doble afiliación de los beneficiarios del citado régimen-, con el fin de garantizar la continuidad de las afiliaciones en el régimen subsidiado.

Acerca de la aplicación de los recursos para la contratación y afiliación al Régimen, de acuerdo con el tipo de ARS, señala el Procurador que "[e]l 8.02% de la Contratación del Régimen Subsidiado en el año de 1998 correspondía a las 19 EPS autorizadas para entonces, el 74.26% a las 176 Empresas Solidarias de Salud autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud y el 17.72% a las 42 cajas de Compensación Familiar Autorizadas. De lo anterior resultan 237 ARS con contratos firmados con los entes territoriales para la administración del subsidio. Para el año de 1999, estaban autorizadas 192 Empresas Solidarias de Salud y las EPS y Cajas de Compensación también se incrementaron, pero no se establece en el informe el número. Se establece entonces, [continúa], que la afiliación por tipo de ARS a 31 de diciembre de 1998, correspondía a 3.598.955 (42.21 %) a las 19 EPS autorizadas; 3.231.705 (37.90%) a las 176 Empresas Solidarias y 1.547.801 (18.15%) a las 41 cajas de compensación familiar. Adicionalmente existían 7 convenios interinstitucionales que tenían una afiliación de 18.600 (1.74%)."

Con base en el contenido del informe del CNSSS, la Vista Fiscal indica que "[e]l régimen subsidiado contó con 1 billón 119.165 millones de los cuales para gastos de administración se destinaron 313.367 millones de pesos (Capítulo III del informa). Las fuentes de financiación fueron las siguientes: Fosyga, $574 millones (51.32%) ; ICN $298.817 millones (26.70%); Situado fiscal $177.771 millones (10.52%); Esfuerzo Propio $50.613 millones (4.52%) Rentas cedidas $ 24.366 millones (2.18%) ; Cajas de Compensación $53.286 millones ($76%)."

Acerca de las principales dificultades para la optimización del Sistema, el informe señala que "además de la debilidad financiera y patrimonial de algunas de las administradoras del Régimen, se encuentra también la deficiente inspección, control y vigilancia por parte de las Direcciones Seccionales de Salud de la Superintendencia Nacional de Salud, en especial a lo concerniente con la implementación del régimen subsidiado, y más específicamente con la identificación del beneficiario, los casos de doble afiliación, carnetización, contratación con la red pública, transferencia de recursos de ingresos corrientes de la nación, de las alcaldías, pago de servicios de la ARS a las prestadoras."

Finalmente, el Ministerio Público afirma que no es de recibo sostener que los costos administrativos que, de conformidad con los mandatos legales, se reconozcan o lleguen a reconocerse a las EPS Administradoras del subsidio sean de suyo sobrecostos, como tampoco desviaciones de los recursos de las instituciones de la seguridad social. Al respecto aclara que si bien es cierto que el manejo irregular de los mandatos legales o el incumplimiento de los mismos por parte de los organismos constitutivos del sistema general de salud puede generar inconvenientes financieros para el mismo, ello no configura un problema cuyo control haya de hacerse por la vía del control abstracto de constitucionalidad. De comprobarse tales irregularidades, considera, la correcta aplicación de la ley debe discutirse ante los diferentes órganos de control y vigilancia de la gestión pública.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1- De conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación decidir sobre la constitucionalidad los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993, ya que se trata de una demanda ciudadana contra artículos que hacen parte de una ley.

Inexistencia de cosa juzgada y pronunciamiento de fondo.

2- Comienza la Corte por precisar que si bien la sentencia C-033 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz, declaró la exequibilidad de las expresiones "Promotora" y "Promotoras" contenidas en el artículo 215 de la ley 100 de 1993, acusado también en la presente oportunidad, no por ello existe cosa juzgada en relación con esos apartes. En efecto, esa sentencia C-033 de 1996 señaló que la declaración de constitucionalidad se extendía únicamente al cargo analizado en esa providencia, que es distinto al formulado por la presente demanda. Por consiguiente, procede un pronunciamiento de fondo sobre las acusaciones del actor.

El asunto bajo revisión

3- El demandante y varios intervinientes consideran que las disposiciones acusadas establecen una intermediación obligatoria de las ARS (Administradoras del Régimen Subsidiado) en la gestión del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud (de ahora en adelante RS), que genera un sobrecosto en el sistema, ya que buena parte de los recursos se quedan en las arcas de dichas administradoras. Según su parecer, esta situación desconoce los principios de eficiencia y universalidad que orientan la seguridad social, pues esos gastos son innecesarios, generan corrupción y representan un obstáculo para que la seguridad

social en salud logre una cobertura progresiva para toda la población colombiana. Además, argumentan estos intervinientes, la transferencia de esos dineros para las ARS implica una desviación de esos fondos, que vulnera el mandato constitucional según el cual los recursos de las instituciones de la Seguridad Social no pueden ser destinados a fines diferentes a ella (CP art. 48).

Por el contrario, los otros intervinientes y el Ministerio Público consideran que esos reparos no son de recibo. Según algunos de ellos, las acusaciones del demandante no son propiamente cargos de inconstitucionalidad, sino que expresan una discrepancia política del actor frente a las decisiones tomadas por el legislador al regular el régimen de salud, por lo cual se trata de un asunto que no corresponde definir a la jurisdicción constitucional. Otros intervinientes consideran que si bien algunos aspectos de la controversia planteada por la demanda tienen relevancia constitucional, lo cierto es que las normas acusadas se ajustan a la Carta. Según estos ciudadanos, la Constitución admite que en la prestación de los servicios de salud intervengan agentes privados, como las ARS, y no se puede decir que los gastos en la administración del sistema constituyan una desviación de los recursos de la seguridad social, ni sobrecostos que condenen el sistema a la ineficiencia e impidan el logro progresivo de la universalidad en materia de salud.

Conforme a lo anterior, la presente demanda plantea dos asuntos distintos, pero relacionados. En primer término, debe la Corte analizar si los cargos del actor representan o no un asunto "justiciable", esto es, susceptible de ser debatido por la jurisdicción constitucional, o si, como lo señalan algunos intervinientes, estamos en presencia de una polémica puramente política, que escapa a la competencia propia del juez constitucional. En caso de que la Corte concluya que estamos en presencia de una controversia constitucional "justiciable", entonces la pregunta que surge es si la creación de entidades intermediarias que administren el régimen subsidiado en salud desconoce o no los principios de eficiencia y universalidad, o implica una desviación inconstitucional de los recursos de seguridad social a otros fines.

El problema de la "justiciabilidad": principios constitucionales de la seguridad social y libertad de configuración del legislador:

4- Conforme a la Carta, el Legislador juega un papel esencial en el desarrollo y configuración del régimen de seguridad social en salud, pues tal y como esta Corte lo ha destacado, "es al legislador a quien compete regular el servicio público de salud y determinar cuáles entidades del sector público o privado pueden prestarlo, el régimen a que deben sujetarse y todos los demás aspectos atinentes al mismo"1. Los derechos a la salud y a la seguridad social son entonces derechos de amplia configuración legal, pues la Constitución ha conferido al Congreso una gran libertad para que defina el alcance de estos derechos y concrete los mecanismos institucionales y los procedimientos para su realización efectiva. Al respecto ha señalado esta Corte:

"Tal como lo entendieron el Constituyente y el Legislador, la Corte considera en principio, el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que la Carta sitúa en su capítulo 2o. del título II, de los derechos sociales, económicos y culturales. Se trata de un derecho calificado por el tenor literal de la Carta como de la Segunda Generación; tiene

además por su contenido material una naturaleza asistencial o prestacional que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que, requiere una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación, le da a este derecho a la seguridad social un carácter temporo-espacial, reconocido por el constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48), lo viene a diseñar con una cobertura progresiva que comprenda todos los servicios que, como parte de él, determine la ley"2.

En tal contexto, la propia Constitución autoriza al Legislador a recurrir a distintos mecanismos y diseños para desarrollar y materializar estos derechos prestacionales, pues la Carta no opta por un sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público, ni por un sistema puramente privado, sino que defiere al Congreso la toma de esas decisiones políticas. Así, explícitamente la Constitución señala que la seguridad social puede ser prestada "por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley" (CP art. 48). Por consiguiente, los intervenientes que se oponen a la demanda tienen razón en señalar que muchas de esas decisiones políticas en materia de salud hacen parte de la libertad de configuración del legislador y escapan entonces al escrutinio judicial por parte del juez constitucional.

5- Lo anterior no significa, empero, que la discrecionalidad del Congreso en este campo sea total, por cuanto la Carta establece unos principios básicos que obligatoriamente orientan la seguridad social, y que por ende limitan la libertad de configuración del Legislador. Así, según expresos mandatos constitucionales, la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio, que habrá de ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (CP art. 48). La Corte ha entendido entonces que "la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio"3. Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social. Es pues claro que existen unos principios y mandatos constitucionales en materia de seguridad social y salud (CP arts 48 y 49) que enmarcan el alcance de estos derechos y limitan entonces las posibilidades de regulación por parte del Legislador. En tal contexto, la Corte concluye que no es cierto que los cargos del demandante representen una discusión puramente política, que escape al control constitucional, puesto que el argumento del actor es que los diseños previstos por las normas acusadas desconocen los principios constitucionales de la seguridad social, como el de universalidad y eficiencia. Y de la misma manera que, en sentencias anteriores, esta Corporación hubo de ocuparse si los sistemas de financiación de largo plazo para vivienda constituían o no mecanismos adecuados, y concluyó que ese examen tenía relevancia constitucional4, es indudable que es también una tarea propia de la justicia constitucional examinar, dentro de ciertos límites, si los sistemas de seguridad social y salud diseñados por la ley respetan o no principios constitucionales, como el de universalidad, eficiencia y solidaridad, o si desconocen o no otros mandatos superiores

El desarrollo legal de los derechos prestacionales -como la salud y la seguridad social- es

entonces un asunto que es justiciable y que no escapa a las controversias en la jurisdicción constitucional, por lo cual resulta inaceptable la tesis de algunos intervinientes, según la cual, la Corte carece de competencia para examinar los cargos de la presente demanda ya que entraría a determinar la distribución de recursos o a analizar la "conveniencia" en la organización del sistema. Esta postura resulta inadmisible en un estado social de derecho. La idea que subyace al constitucionalismo democrático, que limita el poder de la mayoría a fin de evitar su ejercicio tiránico sobre la minoría y, en consecuencia, el desconocimiento de sus derechos, no se limita a la protección constitucional de los derechos civiles y políticos. Al igual que la libertad puede ser desconocida por la mayoría, en la medida en que la ley imponga restricciones desproporcionadas a los derechos civiles o que afecten su contenido esencial, también la ley puede vulnerar la dignidad e igualdad de las personas en caso de que desconozca o no desarrolle adecuadamente los derechos sociales prestacionales. El Estado social de derecho está obligado a garantizar todos los derechos, por lo cual, las medidas legislativas relativas a los derechos sociales también están sometidas a control constitucional.

6- La Corte no desconoce que el control constitucional de los desarrollos legales de los derechos prestacionales es muy complejo, por cuanto esos derechos son de amplia configuración legal e implican difíciles decisiones financieras. Además, la base normativa que brindan la Carta y los tratados de derechos humanos para estudiar la legitimidad de los desarrollos legislativos en esta materia es en ocasiones exigua. Así, la Constitución no dice cuáles son los servicios de salud que el Estado debe prestar, ni señala en cuanto tiempo debe la seguridad social alcanzar la plena universalidad, ni indica con precisión el alcance de los principios que rigen la salud y la seguridad social, como la solidaridad o la eficiencia, que son entonces conceptos jurídicos indeterminados. Gran parte de esas definiciones están deferidas a la ley. Por todo ello, es claro que para la realización de los derechos sociales, la opción democrática, materializada en la ley, juega un papel decisivo, tal y como esta Corte lo ha resaltado en múltiples oportunidades5, pues al Congreso, como representante del principio democrático, corresponde primariamente delimitar el alcance histórico de esos derechos y arbitrar los recursos y señalar los diseños institucionales para su realización. Estos derechos prestacionales abstractos se concretan entonces, gracias a normas legales y reglamentarias, "con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo"6. Por ello, esta Corte había precisado que no se ve cómo pueda dejar de acudirse a la ley "para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente"7

La Corte no niega sino que reconoce explícitamente la importancia de la ley en el desarrollo de los derechos prestacionales -como la salud, la educación o la vivienda-, y la dificultad que tiene la Corte para evaluar la constitucionalidad de esas medidas legislativas. Sin embargo, una cosa esa aceptar la centralidad de la ley en este campo y la complejidad del control constitucional en esta materia, y otra muy diferente es inferir de esas dos características

propias de los derechos sociales prestacionales que las decisiones legislativas en este campo, por implicar un arbitraje de recursos económicos, escapan al control constitucional. Esa última tesis es inaceptable pues implicaría simplemente restar toda eficacia jurídica a los derechos sociales prestacionales, pues las mayorías políticas podrían adoptar, sin ninguna limitación constitucional, cualquier decisión económica, mientras que es claro que la Carta y los tratados de derechos humanos ordenan a las autoridades políticas tomar todas las medidas que sean necesarias para realizar progresivamente todos los derechos sociales, por lo cual son inexequibles aquellas decisiones legislativas contrarias a esa finalidad. Por ello, esta Corte, siguiendo en este punto la doctrina y jurisprudencia internacional de derechos humanos, ha precisado que este deber de realización de progresiva de los derechos prestacionales no implica, en manera alguna, que las decisiones estatales en este campo se sustraigan al control judicial. Dijo al respecto esta Corporación:

"El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los ´derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico´ (Principio de Limburgo No 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar ´todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles´, por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales, por lo cual ´al determinar si se han adoptado las medidas adecuadas para la realización de los derechos reconocidos por el Pacto, se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles (Principio de Limburgo No 27).´ Conforme a lo anterior, según el Principio de Limburgo No 72, un Estado Parte comete una violación de los derechos económicos, sociales y culturales si, por ejemplo, ´no logra adoptar una medida exigida por el Pacto, no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho, no logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige, no logra, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado, o adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo ´8."

Precisamente, en desarrollo de los anteriores criterios, en reciente decisión, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma legal que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social. Dijo entonces esta Corporación en la sentencia C-1165 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra:

"Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las

circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.

Resulta igualmente vulneratorio de la Carta el citado artículo 34 de la Ley 344 de 1996, pues, como fácilmente se advierte, no obstante lo dispuesto por el artículo 366 de la Constitución en el sentido de que el "gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación", la norma acusada, por razones que obedecen a otros criterios, so pretexto de la "racionalización del gasto público", optó por disminuir en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, destinatarios obligados de la norma y directamente afectados por ella.

Otra sería la conclusión si por la extensión progresiva de la cobertura de la Seguridad Social esta ya hubiera abarcado la totalidad de la población colombiana, o si se encontrara demostrado que la disminución de los recursos ocurre como consecuencia de haber disminuido el número de quienes necesitan acudir al régimen subsidiado de salud porque no pueden cotizar al régimen contributivo, pero, como es otra muy distinta la realidad social actualmente existente, de manera transparente surge como conclusión ineludible que el artículo 34 de la Ley 344 de 1996, sólo es un instrumento para hacer más pequeño, disminuyéndolo en los porcentajes allí señalados, el aporte del Presupuesto Nacional al régimen subsidiado de salud en los recursos asignados o que deben asignarse al Fondo de Seguridad y Garantía necesario para la operancia de ese régimen creado por el legislador en beneficio de quienes, salvo sus necesidades de salud, nada pueden aportar y por eso no caben en el régimen contributivo".

Régimen subsidiado, ARS y principios constitucionales.

7- Como ya se señaló, la acusación esencial del demandante contra las normas impugnadas es que éstas prevén la existencia de entidades intermediarias -las llamadas ARS- en la estructura y manejo del régimen subsidiado en salud (RS), lo cual, según su parecer, implica una desviación de recursos de la seguridad social y afecta los principios de universalidad y eficacia. Para analizar esa objeción, la Corte recordará brevemente las características del RS diseñado por la Ley 100 de 1993, para luego estudiar específicamente las acusaciones de la demanda.

8- En el Sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por la Ley 100 de 1993 coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo y un régimen de subsidios, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Para tal efecto, la ley ha previsto la existencia de las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, y de Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- de carácter público o privado, como empresas administradoras de los recursos del Régimen, que prestan el servicio de salud según delegación que el Estado hace. Estas entidades, a su vez, tienen la facultad de prestar los servicios de salud directamente a sus afiliados, o de contratar la atención de sus usuarios

con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-.

9. El Régimen Contributivo, de acuerdo con lo señalado en los artículos 202 a 210 de la ley 100 de 1993 y en el decreto 1919 de 1994, es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador. En este orden de ideas, los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

La ley señala igualmente que corresponde a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados al Régimen Contributivo, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto, cada EPS descontará, por cada usuario, el valor de una Unidades de Pago por Capitación -U.P.C.- fijada para el Plan Obligatorio de Salud, y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad.(artículo 177 de la ley 100 de 1993 y decreto 2320 de 1995)

10. Por otra parte, los artículos 211 a 217 de la ley 100 de 1993, el decreto 2357 de 1995 y el acuerdo No. 23 de 1995 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, consagran la existencia del Régimen Subsidiado de salud, entendido como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de los que trata la ley 100 de 1993. Los afiliados al Sistema mediante el Régimen Subsidiado serán entonces las personas sin capacidad económica, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia dentro de este grupo, personas como las madres durante el embarazo, parto y post-parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, entre otros. Las normas pertinentes establecen que el subsidio para estas personas podrá cubrir una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación, lo cual se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda.

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Administradoras del Régimen Subsidiado, encargadas de la afiliación de los beneficiarios. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las ARS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS[-S].9

11- Es precisamente en este contexto en el que hay que entender los cargos formulados por el demandante. A su juicio, la consagración legal de la existencia de las ARS como entidades administradoras de los recursos del sistema (su función de intermediarias entre el giro de los recursos y el pago por la prestación de los servicios), genera un desequilibrio financiero del

sistema. Lo anterior, por cuanto, según señala, dicha intermediación permite que una parte de los recursos del Sistema -específicamente la correspondiente al margen porcentual destinado para gastos de administración-, sean destinados para gastos diferentes a los de prestación de servicios de salud, lo que comporta un sobrecosto innecesario y conlleva la disminución de la capacidad financiera del Sistema para efectos de ampliación de la cobertura.

12- El cargo del demandante podría ser aceptable si la presencia de entidades intermediarias para la administración del RS, como las ARS, estuviera explícitamente prohibida por alguna disposición de la Carta, o representara un costo irracional e innecesario, ya que, de ser así, su incorporación podría ser considerada un obstáculo para el logro de la universalidad, ya que la ley habría establecido un sistema manifiestamente ineficiente. Entra pues la Corte a analizar si la creación de instituciones intermediarias en el RS, como las ARS, desconoce alguna prohibición constitucional explícita, o es manifiestamente ineficiente.

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

Corresponde entonces al Congreso determinar qué tipo de régimen subsidiado desarrolla y cuáles son las entidades que hacen parte del sistema de salud, por lo cual, en principio, nada se opone a que la ley haya privilegiado el subsidio a la demanda y haya previsto la existencia de entidades administradoras del régimen de subsidio, (las llamadas ARS), que jueguen el papel de intermediarias entre los recursos financieros, las autoridades públicas locales, las instituciones que prestan los servicios (IPS) y los usuarios que reciben el subsidio. Es más, las ARS juegan, en el régimen subsidiado, un papel intermediario equivalente a aquel que desempeñan las EPS en el régimen contributivo. Ahora bien, en múltiples sentencias, esta Corte Constitucional ha constatado la existencia de las EPS, sin que en ningún caso su presencia y labor de intermediación hubiera ocasionado ninguna objeción de constitucionalidad, pues esta Corporación siempre consideró que la creación de esos entes hace parte de la libertad de configuración del legislador10.

14- Conforme a lo anterior, el legislador tiene una amplia discrecionalidad para definir cuáles son los distintos entes -públicos o privados- que integran el régimen de seguridad social en salud. Esa precisión basta para mostrar que carecen de sustento los dos argumentos que el actor adelanta para sustentar su tesis de que la Constitución prohibe la existencia de entes intermediarios, como las ARS, como se mostrará a continuación.

Así, en primer término, no es cierto que la Carta únicamente autorice la presencia de actores privados en la prestación directa del servicio médico, y que todos los demás componentes

del sistema de salud deban ser públicos, como lo sugiere el demandante. En efecto, la Constitución habla globalmente de la prestación del servicio de salud por particulares o por entidades públicas (CP arts 48 y 49), y es claro que por prestación del servicio de salud o de seguridad social en salud no puede entenderse únicamente la realización del acto médico sino también la ejecución de todos otros aquellos aspectos de prevención, administración de recursos, divulgación y promoción, entre otros, que hacen posible y eficiente la acción directa de los profesionales de la salud. En tal contexto, en ninguna parte la Carta prohibe que la administración del subsidio, la afiliación de los usuarios y las labores de promoción, que son tareas básicas de las ARS en el RS, deban ser desempeñadas por entidades públicas. Por ello esta Corte había señalado que la Carta establece "con claridad el derecho de los particulares en la realización de la seguridad social", por lo cual, "sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias"11.

15- Directamente ligado a lo anterior, en segundo término, si la labor de las ARS hace parte del RS, y es un componente esencial de su funcionamiento, no se puede tampoco decir que los dineros destinados a sufragar los gastos administrativos de esas entidades, que son necesarios para la prestación efectiva del servicio médico, constituyan una desviación de los recursos de la seguridad social a otros fines. En efecto, como bien lo destacan varios intervinientes, si no existieran las ARS, y el subsidio a la salud hubiera sido estructurado de otra forma, de todos modos subsistirían los costos de administración de ese régimen, que tendrían que ser financiados con los dineros previstos para el sistema de salud. En efecto, no tendría sentido que la ley previera dinero y subsidio únicamente para el acto médico, pero no financiara los otros pasos administrativos que hacen posible la atención del usuario de baja capacidad económica.

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

En ese mismo orden de ideas, si la ley hubiera establecido que directamente las autoridades públicas locales debían administrar el subsidio a la demanda, de todos modos esa gestión implicaría costos administrativos, y sería igualmente irrazonable suponer que esos gastos son una desviación de los recursos de seguridad social a otros fines ya que, insiste la Corte, las personas pobres no pueden beneficiarse de esos subsidios, si no existe una organización administrativa eficiente que permita que el subsidio llegue al usuario que lo requiere, y que éste sepa como utilizarlo adecuadamente.

En tal contexto, no es razonable suponer que los gastos en que incurran las ARS para llevar a cabo su labor de administración del RS, y la legítima ganancia que esas entidades tienen derecho a obtener12, representen una desviación de los recursos de seguridad social. Otra

cosa sería que la ley autorizara a esas entidades a utilizar esos fondos para labores sin relación con la prestación de los servicios de salud en el RS. Pero ello no es así, ya que, como bien lo destacan varios intervinientes, el ordenamiento ha sido cuidadoso en evitar que esos dineros se confundan con el presupuesto general de las ARS. Estas entidades deben diferenciar los recursos provenientes del RS de sus dineros propios, de conformidad con lo señalado tanto en el numeral 5 del artículo 24 como en el artículo 25 del decreto 1895 de 1994, precisamente para asegurar que los recursos de seguridad social no sean destinados a otros fines.

16. El anterior examen ha mostrado que en principio la ley puede prever la existencia de entidades intermediarias -las ARS- para administrar el subsidio a la demanda previsto en el RS diseñado por la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, el único cargo de la demanda que resta examinar es si esa regulación es a tal punto irracional que deba ser considerada no sólo contraria al principio de eficiencia sino también un obstáculo grave para la realización de la universalidad en materia de salud, tal y como lo sostienen el actor y varios intervinientes. Según su parecer, la presencia de las ARS representa un sobrecosto innecesario, por lo cual se trata de un diseño irracional e ineficiente. La tesis implícita del actor, aunque no es formulada con la claridad que hubiera sido deseable, parece ser la siguiente: el legislador puede optar por un subsidio directo a la oferta, puesto que así todos los dineros irían directamente a la prestación de los servicios médicos, vía financiación de hospitales y centros de salud. Igualmente, parece admitir el actor, la regulación legal puede privilegiar el subsidio a la demanda, como la hace la Ley 100 de 1993, pero lo que es inaceptable es que atribuya la administración de ese subsidio a la demanda a una entidad intermediaria, en general privada, ya que esa labor podría y debería ser directamente desempeñada por las autoridades públicas locales, como las secretarías de salud. Según este argumento, conforme a las disposiciones impugnadas y a las normas que las reglamentan, los dineros del subsidio llegan a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes, en desarrollo de contratos suscritos con las ARS, les transfieren esos recursos, según la cantidad de usuarios afiliados a cada ARS; a su vez esas ARS pagan a las IPS por los servicios prestados a sus usuarios. Por consiguiente, concluyen el actor y esos intervinientes, el sistema previsto por las normas impugnadas obliga a realizar un paso suplementario (intermediación de los recursos por las ARS), que es innecesario y genera sobrecostos y retrasos, puesto que las secretarías de salud podrían administrar directamente el subsidio, sin necesidad de que participaran las ARS. Y eso, según su parecer, constituye una violación flagrante del principio de eficiencia, si se tiene en cuenta que las ARS pueden absorber, según el actor, casi el 30% de los recursos del RS.

17- El argumento del demandante podría tener validez si la creación de las ARS en el RS no tuviera ninguna justificación, en términos de políticas de salud, pues si así fuera, podría concluirse que el ordenamiento introdujo un paso innecesario y costoso, que resulta entonces contrario al principio de eficiencia. Sin embargo, un examen de los debates sobre la Ley 100 de 1993 y de la amplia literatura académica que se ha desarrollado sobre el tema en el país, llevan a la Corte a concluir que la presencia de las ARS en el RS, o de las EPS en el régimen contributivo, no constituyen una decisión legislativa caprichosa sino que estuvo sustentada en distintas consideraciones teóricas y empíricas13.

Así, la base de esas reformas al sistema de subsidio fue la voluntad de combatir dos defectos

que los legisladores vieron al régimen precedente, a saber, la inequidad y la ineficacia en la prestación de los servicios de salud subsidiada. Antes de la Ley 100 de 1993, las políticas de subsidio se basaban, en lo esencial, en la financiación directa de los hospitales y centros de salud. Algunas encuestas y análisis empíricos habían mostrado que esos subsidios a la oferta eran inequitativos pues no llegaban a la población que más los necesitaba, ya que el sistema nacional de salud, financiado con recursos públicos, terminaba prestando a los sectores sociales más pudientes, que no deberían recibir subsidios, el 46.5% de sus consultas externas, el 48.9% de las odontológicas, el 40.4% de la atención de las maternidades, el 57.1% de las cirugías y el 44.6% de las hospitalizaciones. En contraste, el 20% más pobre, principal beneficiario hipotético, recibió sólo el 18% de las cirugías, el 24.9% de las consultas odontológicas y el 29.5% de las hospitalizaciones14.

A su vez, el funcionamiento de esos hospitales, directamente financiados por subsidios a la oferta, no eran eficientes, por cuanto, según estos enfoques, ese tipo de asignación de recursos no genera incentivos para que las autoridades hospitalarias administren los dineros con economía, ya que cada hospital solía recibir las partidas sin consideración al volumen y a la calidad de los servicios prestados. Es más, en la visión de quienes defendieron las reformas de la Ley 100 de 1993, este sistema de subsidios a la oferta terminaba premiando la ineficiencia y castigando la buena gerencia, puesto que los hospitales en déficit y crisis podían presionar políticamente para obtener financiaciones suplementarias, mientras que las instituciones en superávit veían sus presupuestos recortados15.

Pero hay más: la ineficiencia, según los reformadores de 1993, no sólo afectaba a las entidades que prestaban los servicios médicos, con base en subsidios a la oferta, sino que se extendía a todo el sistema de seguridad social, pues resultaba inaceptable que en 1990 sólo el 20% de la población colombiana estuviera afiliada a la seguridad social, porcentaje que en 1993 había subido sólo al 24%.

18- A partir del anterior diagnóstico, el paso de un subsidio de oferta a uno de demanda, y la introducción de las ARS y de las EPS como administradoras e intermediarias de los dos regímenes (RS y RC), aparecen como decisiones legislativas razonables, ya que de esa manera la ley busca combatir la ineficacia e inequidad del anterior sistema de salud. Así, en primer término, el subsidio a la demanda permite que el usuario escoja entre las distintas instituciones de prestación de servicios de salud, y esa libertad de selección premia a aquellas entidades que prestan servicios de mejor calidad.

A su vez, en segundo término, con un buen sistema de identificación de la población que requiere esos subsidios, y con mecanismos eficientes de administración de los mismos, las autoridades podrían focalizar esos apoyos, de tal manera que realmente lleguen a las personas que los necesitan. De allí la introducción del llamado SISBEN (Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales).

En tercer término, el establecimiento de planes únicos de salud, (el POS en el RC y el POS-S en el RS), financiados con las llamadas UPC en el RC (Unidades de Pago por Capitación) y las UPC-S en el RS, deberían evitar que la introducción de ciertos mecanismos de competencia, a nivel de la prestación de los servicios de salud, pueda traducirse en una inequitativa segmentación del servicio de la salud. En efecto, para cubrir los costos de los servicios que

ofrece el sistema a sus usuarios, la ley diseñó la Unidad de Pago por Capitación -UPC- (UPC para el régimen contributivo y UPC-S para el Subsidiado), como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud -POS para el Contributivo y POS-S para el subsidiado-) que ofrece el Sistema. Así, se entiende la UPC como el valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. En virtud de lo anterior, mensualmente cada EPS o ARS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del RC y total parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el caso del RS.

En cuarto término, este mecanismo de las UPC estimula además, según estas perspectivas, la eficiencia de las EPS y de las ARS, así como la economía en la prestación de los servicios médicos por las IPS, pues sólo podrán subsistir aquellas entidades que logren un manejo competente de los recursos que reciben.

En quinto término, como los reformadores partían también de una constatación sobre la ineficiencia del propio sistema de aseguramiento, resultaba lógico, desde esa perspectiva, introducir la competencia también en este campo y acabar con el monopolio que tenía el ISS. Y precisamente por ello se introducen las EPS en el RC, o las ARS en el RS, que tienen como una de sus funciones esenciales adelantar la vinculación de los usuarios al sistema de seguridad social.

Conforme a lo anterior, la labor de las ARS y de las EPS constituye uno de los pilares de la reforma al sistema de seguridad social en salud previsto por la Ley 100 de 1993, ya que por esa vía, la ley pretendió precisamente introducir la eficiencia y equidad en el régimen de salud. Así, la ponencia sobre el particular en el Congreso afirmó al respecto:

"El último postulado constitucional que el proyecto desarrolla al máximo es el de la eficiencia. Y propone múltiples modos de obtenerla. La eficiencia resulta de un mejor funcionamiento de cada una de las instituciones. Y en el proyecto se incluyen las principales modificaciones al modo actual de funcionamiento de los hospitales, de los financiadores, de los controladores: se buscan entidades autónomas, solventes, descentralizadas. Pero también depende del diseño de un sistema que, en su conjunto, resulte ágil, versátil y económico. El Sistema de Seguridad Social en Salud que aquí se presenta, con su conjunción de entidades promotoras de salud y entidades prestadores directas garantiza estas condiciones. Los sistemas de pagos por capitación a las entidades promotoras de la salud es una innovación fundamental para el logro de la eficacia en su manejo. Y, además, las garantiza porque tiene en su fundamento la posibilidad de elección de los usuarios, y la competencia de los promotores y los prestadores por proveer el mejor servicio. Con mejores instituciones, mejor interrelacionadas, más competitivas y con la posibilidad de elección libre por los usuarios, el principio constitucional de la eficacia se desarrolla a cabalidad"16.

19- El anterior examen es para la Corte suficiente para mostrar que la introducción de las ARS en el RS o de las EPS en el RC no constituye, per se, un sobrecosto innecesario, como lo sugieren los actores y algunos intervinientes, ya que esas entidades, encargadas, entre otras

cosas, de la intermediación de los recursos de la seguridad social y del aseguramiento de los usuarios, fueron pensadas precisamente para aumentar, por medio de un sistema que algunos denominan de "competencia regulada" y otros de "pluralismo estructurado"17, la eficiencia y equidad del sistema de salud, a fin de lograr la universalidad. Como es obvio, algunas personas pueden controvertir la sabiduría y conveniencia de esa opción legislativa, ya que pueden, por muy respetables consideraciones políticas, considerar que ese modelo de subsidio a la demanda no es el más adecuado. Pero el estudio precedente es suficiente para que la Corte concluya que la adopción de ese sistema de salud, con subsidio a la demanda e intermediación de las ARS, era una de las opciones posibles que tenía el Legislador para desarrollar los principios constitucionales de la seguridad social en salud.

Situación empírica y control constitucional abstracto

20- Conforme a lo anterior, el cargo del demandante no parece llamado a prosperar, ya que el régimen de intermediación de las ARS, previsto por las normas acusadas, no vulnera ninguna prohibición constitucional, y no es en sí mismo ineficiente, ni contrario a la universalidad. Con todo, podría objetarse que el examen de la Corte es insuficiente por cuanto el actor no controvierte la bondad teórica del RS diseñado por las disposiciones impugnadas sino que cuestiona su desarrollo práctico y empírico. Así, su acusación podría ser reformulada de la siguiente manera: es posible que el RS, con presencia de ARS, sea eficiente en abstracto, pero lo cierto es que en la realidad la labor de las ARS ha implicado un sobrecosto excesivo y una innecesaria postergación en la prestación y pago de los servicios, todo lo cual vulnera el principio de eficiencia y obstaculiza el logro de la universalidad en este campo.

Esta reformulación, en términos más empíricos, del cargo del actor, suscita al menos el siguiente interrogante: ¿qué tan relevantes son esos datos empíricos para el ejercicio del control constitucional, que tradicionalmente ha sido considerado un juicio puramente teórico y abstracto de comparación entre la Constitución y la ley acusada?

Para la Corte es claro que el control constitucional de las leyes, cuando éstas son acusadas por los ciudadanos, o cuando la revisión es oficiosa, es en principio abstracto, por cuanto se trata de determinar, con fuerza erga omnes, si un determinado contenido normativo legal se ajusta o no a la Constitución. Por ello no es propio de los juicios de constitucionalidad analizar ciertas vicisitudes concretas de las normas, como por ejemplo su indebida aplicación, pues para tal efecto existen otras instancias y mecanismos judiciales. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

"No se puede pretender que se declare la inconstitucionalidad de una disposición que se ajusta a la Carta, simplemente porque algunos particulares no la cumplen, pues es deber de todas las personas y de las autoridades acatar la Constitución y las leyes (CP art. 4º). Por ello la Corte, cuando estudia la constitucionalidad de una determinada disposición, efectúa su análisis bajo el supuesto de que ella será interpretada en forma razonable y que, además, será acatada y cumplida, pues mal podría esta Corporación suponer que las normas son promulgadas para no ser observadas o para ser aplicadas en forma arbitraria18".

Con todo, lo anterior no significa que el juicio de constitucionalidad excluya cualquier consideración empírica, pues el juez constitucional no puede ignorar el contexto histórico y la

realidad social en donde toma sus decisiones. Por ello, en muchas sentencias promulgadas por esta Corte en desarrollo del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, los elementos empíricos han jugado un papel esencial a tal punto que han incluso determinado el sentido de la decisión, para lo cual, basta recordar algunos ejemplos.

Así, en determinados casos, la propia Constitución obliga directamente a tomar en cuenta elementos empíricos para poder adelantar adecuadamente el juicio de constitucionalidad. El ejemplo más claro es el estudio de la constitucionalidad de la declaratoria de los estados de excepción, ya que la única posibilidad que existe para que la Corte ejerza sobre esos decretos el control material que la Carta ordena, es que esta Corporación examine si en realidad los hechos invocados por el Presidente de la República en el decreto declaratorio existen y tienen la gravedad suficiente para legitimar el recurso a la Conmoción Interior, o al Estado de Emergencia, según sea el caso. Por ello, en todos estos casos, la Corte, y de manera invariable, ha adelantado el control constitucional de estos decretos con un estudio empírico muy detallado de la realidad del país19.

El anterior, si bien es el más importante, no es el único caso en que la Carta exige una confrontación empírica para poder determinar la exequibilidad de una disposición. Así, la Constitución utiliza en algunas de sus disposiciones conceptos técnicos, por lo cual, resulta en ocasiones ineludible verificar, con elementos científicos y empíricos, si la norma estudiada . Un ejemplo claro fue la sentencia C-221 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, en donde la Corte tuvo que estudiar si la arena de los ríos debía o no estar sujeta a regalías. Y para responder a ese interrogante era necesario determinar si la arena constituía o no un recurso renovable, elemento empírico y técnico que tuvo una incidencia indiscutible en la decisión.

En otros eventos, si bien la Carta no ordena abiertamente que la Corte tenga en cuenta ciertos elementos empíricos, es indudable que éstos han ejercido un papel determinante en las discusiones constitucionales, por la sencilla razón de que una norma puede ser exequible, en un cierto contexto histórico, pero tornarse inexequible si la situación social o política fuera totalmente diferente. Algunos ejemplos significativos, sin pretensión de exhaustividad, son los siguientes:

Así, la Corte, en la sentencia C-126 de 1995. MP Hernando Herrera Vergara, estudió la constitucionalidad del aumento de la edad de jubilación de hombres y mujeres, y para ello tuvo en cuenta la evolución histórica y las proyecciones sobre esperanza de vida. Ese análisis empírico le permitió concluir que el aumento en dos años previsto por la disposición acusada era razonable, “toda vez que encuentra fundamento en el crecimiento con respecto a la expectativa de vida de los colombianos, lo que hace permisible el aumento con relación a la capacidad laboral de la persona”. Por su parte, la sentencia C-410 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz, discutió si violaba o no el principio de igualdad que la Ley 100 de 1993 previera una edad de jubilación menor para las mujeres que para los hombres. La Corte concluyó, con base en elementos empíricos, que esa diferencia de trato no era discriminatoria, por cuanto las mujeres en Colombia realizaban, en general, una doble jornada laboral, por lo cual, “la previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o

compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada". En ese mismo contexto, la sentencia C-371 de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz, revisó la constitucionalidad de la ley estatutaria que pretendía, por un sistema de cuotas, favorecer la participación de la mujer en los niveles decisorios del Estado. La información empírica sobre los niveles educativos actuales de las mujeres y su participación en las instancias directivas del Estado jugó un papel esencial en el examen de constitucionalidad de la legitimidad de esas formas de acción afirmativa. Igualmente, la sentencia C- 160 de 1999, MP Antonio Barrera Carbonell, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 68 y 82 de la ley 446 de 1998, que establecían que el intento de conciliación era un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral. La Corte considero que si bien esas normas perseguían finalidades legítimas, que tienen apoyo constitucional, sin embargo debían ser retiradas del ordenamiento, entre otras cosas, por un factor empírico que era el siguiente: en la práctica el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social no contaba con los elementos físicos y personales para atender en forma pronta, oportuna, eficaz y eficiente las funciones que en materia de conciliación le habían sido asignadas a los inspectores del trabajo, con lo cual la exigencia de intentar la conciliación como requisito de procedibilidad se convertía en un obstáculo inconstitucional para acceder a la justicia. Dijo entonces esta Corporación:

"La Corte en esta oportunidad no se ha limitado exclusivamente a la confrontación de las normas acusadas con los textos de la Constitución, pues, aparte de la comparación que es de rigor en los procesos de constitucionalidad consideró que, con el fin de asegurar la vigencia y efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, debía penetrar en el mundo fáctico dentro del cual las normas referentes a la conciliación prejudicial debían ser aplicadas, y de ahí dedujo que se afectaba el núcleo esencial del referido derecho ante la ausencia de los instrumentos materiales y personales requeridos para asegurar la operatividad de esta modalidad de conciliación."

22- Los ejemplos precedentes, que no son los únicos de la jurisprudencia de esta Corte Constitucional, muestran entonces que, en determinados eventos, las consideraciones empíricas juegan un papel importante en el control constitucional de las leyes. Es más, una regulación legal, que en abstracto parece constitucional, podría tornarse inexequible, si ciertos desarrollos del sistema regulado por la ley provocan el advenimiento, en la práctica, de situaciones verdaderamente inconstitucionales. Tal sucedió, en gran medida, con el régimen legal del sistema UPAC, declarado inexequible por esta Corte. En efecto, si bien en teoría, y dadas ciertas condiciones macroeconómicas, la capitalización de intereses y la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés pueden funcionar como un sistema adecuado de financiación a largo plazo de vivienda, en la práctica, en 1999, ese sistema se había tornado inconstitucional, pues había desbordado ampliamente la capacidad de pago de los deudores hipotecarios. La Corte tuvo razón entonces en retirarlo del ordenamiento, a pesar de que teóricamente ese mecanismo puede funcionar en otros contextos y con ciertos ajustes normativos e institucionales.

Es pues posible que una regulación que en abstracto parece ajustarse a la Carta, pueda tornarse inconstitucional por sus efectos prácticos. Sin embargo, para que ello ocurra, es necesario que esos desarrollos prácticos inconstitucionales no provengan de una indebida aplicación de las regulaciones legales pues, como se dijo, para solucionar los problemas de

desconocimiento de los preceptos legales, o de inadecuada aplicación de los mismos, el ordenamiento prevé otros mecanismos judiciales distintos a la acción de inconstitucionalidad. Por ello, para que una regulación legal, que en apariencia y en abstracto se ajusta a la Carta, pueda ser declarada inexequible, debido a consideraciones empíricas, es necesario establecer que las situaciones inconstitucionales derivan de los diseños institucionales y de las regulaciones establecidas en la ley. Por ende, en tales eventos es necesario demostrar que el sistema previsto por la ley puede hipotéticamente funcionar pero que, en la práctica, y por factores que eventualmente los redactores de la ley no previeron adecuadamente, el sistema ha dejado de tener un desarrollo satisfactorio, y esa evolución afecta derechos constitucionales y es por consiguiente contraria a la Carta.

Conforme a lo anterior, en principio las consideraciones empíricas adelantadas por el actor sobre el funcionamiento práctico del RS no son irrelevantes en este juicio de constitucionalidad, y ameritan un examen de parte de la Corte.

El régimen subsidiado en la práctica y la labor intermediadora de las ARS

23- Según el demandante y varios intervinientes, el desarrollo práctico del RS genera situaciones inconstitucionales, por los altos márgenes de intermediación de las ARS, que llegan a recibir casi el 30 % de las UPC-S, todo lo cual vulnera el principio de eficacia e impide la ampliación de la cobertura de la seguridad social. Para justificar esa aseveración, el actor cita en su apoyo un informe del Consejo Nacional de Seguridad Social, según el cual las ARS se quedan, en promedio, con el 28% de los dineros del RS. A partir de ello concluye que con los mismos recursos podría realmente alcanzarse la universalidad en materia de seguridad social.

24- Para la Corte, es claro que la anterior argumentación empírica no es suficiente para demostrar la inconstitucionalidad práctica de la presencia de las ARS en el RS, al menos por las siguientes tres razones:

De un lado, y a fin de cotejar la información suministrada por el demandante y algunos de los intervinientes, con el estado financiero y la distribución porcentual de los recursos del RS, según los rubros de gasto autorizados por el CNSSS, la Corte solicitó al Consejo Nacional de Seguridad Social, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Contraloría General de la República, que allegaran al proceso los documentos o informes que considerara relevantes para el estudio del tema planteado en este proceso. A tal efecto se obtuvieron los siguientes documentos: El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud allegó al proceso copia de los informes anuales de esa entidad a las comisiones séptimas de Senado de la República y Cámara de Representantes para los períodos 1998-1999 (1)*20 y 1999-2000 (2)*, el Estudio técnico y financiero para la definición de la UPC para los años 1999 (3)* y 2000 (4)*, y un Informe de Avance de la ejecución de un contrato de interventoría sobre el funcionamiento del FOSYGA contratado a la firma “National Economic Research Associates” -NERA- (5)*. Por su parte, la Superintendencia Nacional de Salud allegó al expediente, en medio magnético, un cuadro contentivo del Balance general de las EPS´s a diciembre de 1999, con su correspondiente resumen explicativo (5)*, y varios cuadros comparativos de capacidad de afiliación, permisos para nuevas afiliaciones, números de afiliados, cobertura, ingresos, egresos, estados financieros, etc., desagregados por EPS y ARS públicas y privadas con sus

correspondientes cifras consolidadas (7)*.

Con base en estos documentos, la Corte elaboró el siguiente cuadro resumen, en el cual se reseña, única y brevemente, lo concerniente al porcentaje de los recursos recaudados por las ARS por concepto de UPC-S, destinados a la prestación de servicios en salud y a gastos de administración, y la cobertura cuantitativa del RS, por ser este en interés central de los cargos formulados por el actor.

Cobertura cuantitativa RS

1996

1997

1998

1999

Gastos en Prestación de servicios en salud

Gastos de administración

(1) Informe CNSSS al Congreso 1998-1999

No hay datos

No

hay datos

57%

61%

71.48% para 1998

84.43% para 1999

(2) Informe CNSSS al Congreso 1999-2000

No hay datos

No hay datos

55.2%

59.68%

Supera el 85%

No hay datos

(3) Estudio Técnico para definición de UPC para 1999

No hay datos

No hay datos

No hay datos

No hay datos

64.55% para 1998

71.92% para 1999

No hay datos

(4) Estudio Técnico para definición de UPC para 2000

No hay datos

No hay datos

No hay datos

No hay datos

ARS privadas

90.8% para 1997

89.8% para 1998

78.4% para 1999

ARS públicas

68.1% para 1997

77.8% para 1998

94.4% para 1999

No hay dato consolidado de gastos de administración por las ARS

(5) Informe de Avance -Firma NERA-

No hay datos

No hay datos

No hay datos

No hay datos

El informe presenta un resultado sobre los datos obtenidos del estudio de los datos suministrados por un conjunto de Cajas de Compensación Familiar autorizadas como ARS y arroja los siguientes datos:

73% para 1997

89% para 1999

No hay datos

(6) Balance a diciembre de 1999 -Super Salud-

No hay datos

No hay datos

No hay datos

No hay datos

El informe presenta datos consolidados de inversión y gasto del conjunto de las entidades administradoras del Sistema (ARS y EPS) y arroja los siguientes resultados:

79% a corte en dic/99**

El informe presenta datos consolidados de inversión y gasto del conjunto de las entidades administradoras del Sistema (ARS y EPS) y arroja los siguientes resultados:

17.02% a corte en dic/99**

(7) Cuadros Comparativos Super Salud corte a diciembre de 1999

No hay datos

No hay datos

No hay datos

No hay datos

75.72% para 1998

85.77% para 1999

Los cuadros presentan datos consolidados de gasto en administración del conjunto de las entidades administradoras del Sistema (ARS y EPS) y arroja los siguientes resultados:

18.12% a corte en dic/99

**Los porcentajes fueron promediados por la Corte con base en la cifras consolidadas que ofrece el Cuadro balance sobre un total de $1.260.721.894 del rubro de Ingresos operacionales directos para el sector, $1.005.100.670 del rubro Costo prestación del servicio y $214.456.891 del rubro Gastos de administración.

Como aparece claro de los datos contenidos en el cuadro, las cifras sobre los porcentajes de inversión de los recursos de las ARS en actos médicos directos no sólo son disímiles en cada una de las fuentes de información, sino que corresponden a criterios de estudio diferentes, y no permiten una comparación clara que arroje resultados confiables al respecto. Adicionalmente, la lectura de cada uno de los documentos relacionados en el cuadro evidencia que cada uno de las entidades reportantes utiliza criterios de evaluación y estudio diversos, fuentes de información distintas e incluso áreas de muestreo diferentes. En este sentido, las entidades estatales que deben tener mayor acceso a los balances por entidades, en algunas partes reconocen que el estudio no incluye a ciertas ARS por no haber obtenido la información correspondiente. En igual sentido, el informe NERA, además de ser apenas un informe de avance, reconoce haber empleado una metodología de muestreo restringida y diferenciada sobre algunas ARS, e incluso alcanza a señalar que ciertos datos no son, aún, plenamente confiables.

Así las cosas, no aparece de manera clara y contundente que los resultados del RS impliquen gastos administrativos desproporcionados de parte de las ARS.

"Desde hace varios semestres el CNSSS viene ajustando el nivel de gasto de la UPC del Régimen Subsidiado. Mientras que en 1996 se estimaba que de la UPC sólo se ejecutaba el 53% en servicios, ahora este nivel de gasto supera 85%. Las estrategias que se han diseñado para lograr estos resultados, hacen más eficiente el Sistema, y las más importantes son: la elevación del gasto médico, la revisión de la pertinencia de la afiliación al Régimen Subsidiado depurando los afiliados que pertenecen a niveles I y II de SISBEN, la eliminación de los afiliados duplicados, y el mejoramiento de los sistemas de información a todos los niveles, entre otras (subrayas no originales)".

26- Finalmente, a pesar de que muchos estudios formulan críticas importantes al actual funcionamiento del RS, como los defectos en la identificación y selección de los usuarios, la existencia de dobles afiliaciones, la falta de labores adecuadas de prevención y promoción por parte de las ARS, etc, sin embargo es indudable que sus logros son notables. Así, como lo señala el informe del CNSSS, los aumentos de cobertura de la seguridad social son muy importantes, y ello se debe esencialmente al RS, que ha permitido la extensión de la afiliación a poblaciones que nunca antes había tenido ningún mecanismo de aseguramiento, "con lo cual se ha obtenido un impacto sin precedentes en la equidad de la salud"21. Según ese informe, esos efectos son notables "en la drástica disminución de los diferenciales de cobertura de aseguramiento en salud entre los más ricos y los más pobres. Cuando en 1993 la cobertura del aseguramiento en salud de los más ricos (quintil superior) era 13,6 mayor que la de los más pobres (quintil inferior), en 1997 esa diferencia era de solo 1,86 veces", tal y como lo ilustra el cuadro siguiente, tomado de es mismo informe:

Cobertura de aseguramiento en salud por quintiles de ingreso

Colombia, 1993 – 1997

Quintil

1993 (%)

1997 (%)

1

4.3

47.1

2

11.7

53.4

3

21.8

58.3

4

33.8

61.7

5

46.9

65.4

Total

23.7

57.2

Fuente: Encuesta de Calidad de Vida 1993

Limitación de la cosa juzgada.

28- El anterior análisis ha mostrado que los cargos del actor contra las disposiciones acusadas no son de recibo. En tales circunstancias, como el demandante formula un ataque

general contra esos dos artículos, pues cuestiona que éstas prevean la existencia de entidades intermediarias en el RS, pero no ataca en concreto el resto del contenido normativo de esas disposiciones, y la Corte ha encontrado que ese cargo general no tiene fundamento, entonces lo procedente en el presente caso es limitar el alcance de la cosa juzgada. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, no corresponde a la Corte estudiar oficiosamente la constitucionalidad de las leyes ordinarias sino examinar las normas específicas que sean demandadas por los ciudadanos (CP art. 241). Por ello, cuando existe una acusación general, por razones materiales o de procedimiento, contra un cuerpo normativo, pero no un ataque individualizado contra cada uno de los apartes que lo integran, la vía procedente es limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, en caso de que la acusación no prospere. En tales eventos, debe la Corte declarar la constitucionalidad de la disposición pero precisando que la cosa juzgada es relativa, por cuanto sólo opera por los motivos analizados en la sentencia22. Por tal motivo, los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993, serán declarados exequibles, pero únicamente en relación con los cargos formulados por el actor.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993, pero sólo respecto de los cargos formulados por el actor.

*

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

FABIO MORÓN DÍAZ

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

JAIRO CHARRY RIVAS
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ
Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

IVAN ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General

1 Sentencia C-033 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz.

2 Sentencia C-408 de 1994. MP Fabio Morón Díaz.

3 Sentencia C-408 de 1994. MP Fabio Morón Díaz

4 Ver, entre otras, las sentencias C-383 de 1999, C-700 de 1999 y C-747 de 1999

5 Ver, entre otras, las sentencias SU-111 de 1997, C-251 de 1997, y SU-480 de 1997.

6 Sentencia SU-480 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento B-1

7 Sentencia SU-111 de 97. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento No 11.

8 Sentencia C-251 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 8. En el mismo sentido, ver las sentencias SU-624 de 1999 y C-1165 de 2000.

10 Ver, entre muchas otras, las sentencias SU-480 de 1997 y C-177 de 1998

11 Sentencia C-408 de 1994. MP Fabio Morón Díaz.

12 Ver sentencia SU-480 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 7.

13 Para una presentación y síntesis de esos debates y evolución legislativa, ver, entre otros: Iván Jaramillo. El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993 cinco años después. Bogotá: FESCOL, 1999, introducción y capítulo VI. Igualmente Beatriz Plaza, Ana Beatriz Barona. Afiliación de población pobre al Sistema de Salud: El caso colombiano. Bogotá: Fedesarrollo, 1999. Ver igualmente Alvaro Franco. Seguridad Social y Salud en Colombia: Estado de la Reforma. También ver Frenk J, Londoño,JL. "Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina" en Salud y Gerencia; 1997.15(1):6-28. O también Restrepo M. La reforma a la seguridad social en salud de Colombia y la teoría de la competencia regulada. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, GTZ; 1997. Igualmente ver Mario Hernández Álvarez. El Derecho a la Salud en Colombia: Obstáculos Estructurales para su Realización, tomado en agosto 2000 de Internet, www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp. Ver igualmente todos los documentos remitidos a la Corte e incorporados al expediente. Para los debates en el Congreso, ver sobre todo la ponencia para Primer Debate en el Senado, en Gaceta del Congreso, año II, No 130, 14 de mayo de 1993, pp 6 y ss.

14 Ver Iván Jaramillo. Op-cit, pp 272 y ss. Ver también Carlos G Molina et al. Gasto público y distribución de subsidios en Colombia. Bogotá: Fedesarrollo, DNP, 1993.

15 Ver, para la defensa de esas perspectivas, Iván Jaramillo. Op-cit, pp 273 y ss.

16Ver Gaceta del Congreso, año II, No 130, 14 de mayo de 1993, p 7.

17 Así, autores como Restrepo M (Cf Op-cit) califican el sistema en salud colombiano de "competencia regulada" mientras que Frenk y Londoño (Cf Op-cit) lo denominan una forma de "pluralismo estructurado".

18 Ver sentencia C-081 de 1996. Fundamento Jurídico No 8.

19 Ver, entre otras, las sentencias C-004 de 1992, C-556 de 1992, C-466 de 1995, C-122 de 1999 y C-216 de 1999

20 Ver Cuadro Resumen que se presenta a continuación. La numeración entre paréntesis seguida por el * corresponde a las variables del Cuadro Resumen.

21 Ver Mauricio Alberto Bustamante García. Ministro de Salud (e). "Informe anual del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a las Comisiones Séptimas de Senado de La Republica y Cámara de Representantes 1999 – 2000", Bogotá, mimeo, 2000, p 13.

22Ver, entre otras, C-527/94, C-055/94, C-318 de 1995, C-126 de 1998 y C-130 de 2000