

SEGURIDAD SOCIAL-Connotaciones/SEGURIDAD SOCIAL-Diseño legislativo y realización progresiva

La seguridad social, que incluye entre otras las actividades de promoción, protección y recuperación de la salud, constituye no sólo un servicio público obligatorio sino un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser éste el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere.

DERECHOS PRESTACIONALES-Papel primordial del legislador

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Determinación legislativa de elementos estructurales

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Límites formal y material/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Naturaleza/ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Naturaleza de recursos/REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Papel de las ARS

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION SUBSIDIADA EN SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cotizaciones son contribuciones parafiscales

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Actividades de promoción y prevención por distritos y municipios

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Intensidad

INTERVENCION DEL ESTADO EN SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Intensidad

SERVICIO DE SEGURIDAD SOCIAL-Participación de particulares

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regímenes

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participación de particulares mediante EPS y ARS

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Traslado de competencia en actividades de promoción y prevención

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cumplimiento de un deber constitucional y reglamentación de un derecho prestacional

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Nuevo reparto de competencias entre entidades territoriales, Nación y ARS

ENTIDADES TERRITORIALES EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Replanteamiento en competencias

SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES EN SALUD-Distribución de recursos

ENTIDADES TERRITORIALES EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Entrega directa de recursos

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Traslado de funciones de promoción y prevención de las ARS a entes territoriales

ENTIDADES TERRITORIALES EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Asignación de funciones de promoción y prevención

LIBERTAD ECONOMICA EN SERVICIO DE SALUD POR PARTICULARES-Intervención legislativa no la obstaculiza

ADMINISTRADORA DE REGIMEN SUBSIDIADO-Participación de entidades privadas en promoción y prevención aún cuando no sea en la totalidad

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Consideración de elementos empíricos

SEGURIDAD SOCIAL-Ampliación progresiva del servicio/PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL SUBSIDIADO-Separación de actividades de promoción y prevención de los servicios curativos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reserva de ley

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Definición del porcentaje por UPC-S que se trasladará a entes territoriales

CLAUSULA DE RESERVA DE LEY

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atribución legislativa de delimitación de elementos estructurales

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Determinación del porcentaje de la UPC-S transferido a entes territoriales para promoción y prevención de enfermedad

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Establecimiento legislativo de reparto de competencias entre promoción y prevención y la atención curativa

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Proporción de UPC-S para entes territoriales de acuerdo con competencias transferidas y no inferior al cincuenta por ciento

Referencia: expediente D-3962

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 parcial de la ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para garantizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

Actor: Diego de Luque Varela

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dos (2002).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Diego de Luque Varela demandó el artículo 46 (parcial) de la Ley 715 de 2001. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación la Corte transcribe el artículo 46 de la ley 715 de 2001, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.654 del veintiuno (21) de diciembre de 2001 y subraya el aparte acusado:

“LEY 715 DE 2001

(diciembre 21)

Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

“ARTÍCULO 46. COMPETENCIAS EN SALUD PÚBLICA. La gestión en salud pública es función esencial del Estado y para tal fin la Nación y las entidades territoriales concurrirán en su ejecución en los términos señalados en la presente ley. Las entidades territoriales tendrán a su cargo la ejecución de las acciones de salud pública en la promoción y prevención dirigidas a la población de su jurisdicción.

Los municipios y distritos deberán elaborar e incorporar al Plan de Atención Básica las acciones señaladas en el presente artículo, el cual deberá ser elaborado con la participación de la comunidad y bajo la dirección del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud. A partir del año 2003, sin la existencia de este plan estos recursos se girarán directamente al departamento para su administración. Igual ocurrirá cuando la evaluación de la ejecución del plan no sea satisfactoria.

La prestación de estas acciones se contratará prioritariamente con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas vinculadas a la entidad territorial, de acuerdo con su capacidad técnica y operativa.

El Ministerio de Salud evaluará la ejecución de las disposiciones de este artículo tres años después de su vigencia y en ese plazo presentará un informe al Congreso y propondrá las modificaciones que se consideren necesarias.”

III. LA DEMANDA.

Para el actor, la norma acusada vulnera los artículos 13, 48, 150-21, 333, 334 y 336 de la Constitución.

En primer lugar, el demandante considera que el artículo parcialmente acusado desconoce el principio de reserva de ley (CP. artículo 150-21), por cuanto no precisa el alcance de las limitaciones a la libertad económica de las entidades que prestan servicios de salud en el régimen subsidiado, especialmente de naturaleza privada. Explica que de manera repentina la norma prohíbe a las entidades administradoras del régimen subsidiado continuar con las actividades de promoción y prevención que venían desarrollando lícitamente y para las

cuales invirtieron cuantiosos recursos. Para el demandante, aún cuando el servicio público de salud puede ser intervenido por el Estado, sus actuaciones están sujetas a la proporcionalidad y razonabilidad, lo cual no ocurre en el caso de la norma en cuestión.

En segundo lugar, advierte que la norma priva a las entidades particulares de una actividad lícita pero no establece la forma como deben ser indemnizadas, en contravía de lo dispuesto en el artículo 336 de la Carta.

El actor estima, en tercer lugar, que el artículo 46 de la ley 715 de 2001 no asegura un manejo eficiente de los recursos de la seguridad social, “colocando en riesgo la atención y la salud de la población más pobre y vulnerable y desconoce la integralidad del servicio de salud”. Al respecto, considera que la propuesta de separar el financiamiento de la prevención, del financiamiento de los servicios curativos, ocasiona mayores desequilibrios al sistema de seguridad social porque la actividad encomendada a las entidades territoriales está dirigida a toda la colectividad, pero sin intervención directa e individual sobre cada uno de sus miembros.

En criterio del demandante, si las acciones de promoción y prevención no se realizan oportuna y eficazmente, “se generará una mayor carga de enfermedad de tal manera que la UPC restante será cada vez mas insuficiente para cubrir las necesidades de la población afiliada, haciendo un manejo ineficiente de los recursos y perjudicando a la población”. Sostiene que en el caso de la población vinculada, bajo la responsabilidad directa de las entidades territoriales, no existen los fondos suficientes para las actividades de promoción y prevención; e igualmente afirma que a partir de la ley 100 de 1993 se incrementaron las actividades de promoción y prevención en salud, para lo cual hace referencia a un “reciente análisis del Ministerio de Salud”, sin señalar con precisión la fuente citada. Concluye entonces que la norma acusada viola el artículo 48 de la Constitución, al atomizar y romper la integralidad de la atención, incrementando los costos en detrimento de la población más vulnerable.

En cuarto lugar, el actor considera que la norma viola el derecho a la libre competencia (CP. artículos 333 y 334) porque impide la participación de los particulares en la prestación del servicio público de seguridad social en salud. Así mismo, sostiene que la limitación prevista no responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad por cuanto sólo busca que

las actividades de promoción y prevención se ejecuten por entidades públicas territoriales.

Finalmente, el demandante cuestiona que la norma permita a las entidades indígenas desarrollar directamente actividades de prevención y promoción a su población afiliada, mientras que no lo hace para las entidades privadas. Ello, en su sentir, desconoce el derecho a la igualdad (CP. artículo 13) en la medida que establece un tratamiento diferencial sin justificación alguna.

En escrito allegado posteriormente y cuyo contenido será tenido en cuenta por la Corte en la parte considerativa de esta sentencia, el actor controvierte algunos de los planteamientos del Ministerio Público, para lo cual reitera, en esencia, los argumentos de su demanda.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Salud

El ciudadano Bernardo Alfonso Ortega Campo, obrando en representación del Ministerio de Salud, interviene ante la Corte para defender la constitucionalidad de la norma demandada. Comienza por explicar que en el caso colombiano el mercado se ubica dentro de una economía de principios liberales pero dentro de un régimen de intervención estatal en todos los campos, incluido el de atención en salud, en desarrollo de los cuales fueron expedidas la Ley 100 de 1993 y la Ley 715 de 2001. Esta última, señala, tiene como finalidad específica la racionalización de la economía social y el mejoramiento del servicio a la comunidad.

Luego de transcribir varios apartes jurisprudenciales, advierte que la actuación estatal “no implica un divorcio entre los administradores y administrados, sino una cogestión entre ambos en los diversos procesos de planificación, decisión, ejecución y control y seguimiento de la actividad pública”, todo lo cual, a su juicio, se desarrolla en la Ley 715 de 2001.

Por último, señala que los cargos del demandante se fundan en apreciaciones de tipo subjetivo que no reúnen los requisitos mínimos establecidos en el Decreto 2067 de 1991 para la prosperidad de la acción. Sin embargo, solicita declarar exequible la disposición acusada.

2. Intervención ciudadana

El ciudadano Juan Francisco Espinosa Palacios intervino ante la Corte para defender la

constitucionalidad de la norma acusada. En su sentir, no se desconoce el principio de reserva de ley, pues es ella misma la que establece el cambio en el sistema y otorga al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la función de definir la proporción de descuento de la UPC destinado a las actividades de promoción y prevención. Explica entonces cómo el Legislador simplemente confirió la reglamentación a un órgano específico según el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la limitación a la libertad económica alegada, considera que no resulta desproporcionado o irrazonable que el Estado pretenda, mediante una ley, otorgar medidas de especial protección a la población, ni puede este prescindir de sus responsabilidades como director de las políticas económicas.

De otra parte, el interviniente estima que aún cuando las actividades de promoción y prevención se venían adelantando en forma lícita, no constituían un monopolio que diera lugar a la indemnización prevista en el artículo 336 de la Carta. Explica que un monopolio debe constituirse (i) mediante ley, (ii) con una finalidad de interés público y social y, (iii) como arbitrio rentístico, éste último ausente en el caso de la promoción y prevención en materia de salud.

Desvirtúa también el ataque por un manejo ineficiente de recursos, aduciendo que bien puede el Estado adoptar el sistema establecido en la norma demandada, y cuestiona las acusaciones en este sentido por considerar que son apreciaciones de conveniencia mas no de carácter jurídico.

Por último, el interviniente considera que la ley busca proteger a las minorías, en este caso los indígenas, sin que ello implique desmedro de los demás habitantes del territorio o desconocimiento del derecho a la igualdad. Y concluye que las acusaciones sobre la incapacidad del Estado, de las ARS y de las EPS indígenas para cumplir sus funciones carecen de fundamento.

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, mediante concepto No. 2883, solicita a la Corte declarar exequible el inciso 2º del artículo 46 de la ley 715 de 2001.

Comienza por explicar los conceptos de atención básica, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y UPC (unidad de pago por capitación). Sobre esta última, señala que se trata de un recurso parafiscal que el Estado reconoce per cápita a cada Empresa Promotora de Salud (EPS) y Administradora de Régimen Subsidiado (ARS), cuyos porcentajes son fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social de Salud. Así, advierte que la ley acusada simplemente trasladó el porcentaje que actualmente se destina para acciones de promoción y prevención (10% de la UPC), para que sean los Distritos y Municipios quienes efectúen las actividades que venían realizando las EPS y las ARS.

Para la Vista Fiscal, no es cierto que las ARS hayan invertido cuantiosos recursos en la prevención de la enfermedad y la promoción en salud, porque esos dineros provenían directamente del Estado por ser de naturaleza parafiscal. Así, precisa que las ARS solamente eran las encargadas de administrarlos, y de esta manera desestima la acusación según la cual la norma establece una limitación a la libertad económica, ya que no las está privando del ejercicio de ninguna actividad.

Igualmente, el Procurador considera que la norma no prohíbe que las entidades particulares participen en la prestación de los servicios de salud, sino que únicamente traslada ciertas actividades a los entes territoriales con el fin de mejorar la calidad de vida de la población más pobre y vulnerable del país.

De acuerdo con lo anterior, desestima también el deber de indemnización previa, pues advierte que el Estado no sólo no ha monopolizado la prestación de un servicio, sino que, además, las ARS sencillamente administraban recursos parafiscales. Así mismo, explica que la norma busca mayor cobertura en las actividades de promoción y prevención, reservada hasta ahora a los afiliados a una EPS o a una ARS en el régimen contributivo o subsidiado de salud.

Por otra parte, justifica un tratamiento diferencial positivo mediante normas especiales dirigidas a las comunidades indígenas en virtud del mandato previsto en el artículo 7º de la Constitución. Señala que “existen elementos culturales (como la concepción de la enfermedad y su tratamiento) y socioeconómicos (como la existencia de una economía colectiva por oposición al mercado), que de no considerarse en su justa dimensión, harían

más difícil el acceso y disfrute efectivo de los beneficios del sistema de seguridad social en salud para la población indígena”.

Finalmente, la Vista Fiscal rechaza las acusaciones sobre la forma como serán desarrolladas las actividades de promoción y prevención por las entidades territoriales, por tratarse de cargos de conveniencia que no pueden ser objeto de control constitucional.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1- Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de la norma acusada, ya que se trata de una demanda ciudadana en contra de una norma que hace parte de una ley de la República.

El asunto objeto de estudio

2. El demandante cuestiona el diseño del Legislador sobre las actividades de promoción y prevención en salud pública. Considera que la norma acusada viola el principio de reserva de ley, porque no señala con precisión el alcance de las limitaciones a la actividad económica de las Administradoras del Régimen Subsidiado (en adelante ARS), quienes venían realizando dichas actividades de acuerdo con la Ley 100 de 1993. En esa medida, advierte, como la norma impide la participación de los particulares en la prestación del servicio de salud, debió señalar el monto de la indemnización respectiva. Cuestiona también la propuesta de separar las actividades de prevención y promoción de la atención curativa, porque, en su sentir, ello ocasiona mayores gastos, desestimula un manejo eficiente de los recursos y rompe el principio de integralidad en el servicio. Por último, estima que la exclusión para las entidades indígenas viola el derecho a la igualdad al autorizar un tratamiento diferente sin justificación alguna.

Por su parte, los intervinientes y el Ministerio Público consideran que la norma se ajusta a la Constitución, pues busca racionalizar la economía social y mejorar la atención en salud a la población más vulnerable. Destacan que el modelo económico colombiano está inspirado en principios liberales pero dentro de un régimen de intervención estatal que incluye el ámbito de la seguridad social en salud. Tampoco encuentran que exista un deber de indemnización,

no sólo porque las actividades de promoción y prevención en salud no constituyen un arbitrio rentístico, sino, además, porque en ningún momento el Estado ha monopolizado la prestación de ese servicio. Así mismo, desestiman las acusaciones sobre un manejo ineficiente de recursos, pues consideran que se trata de meras apreciaciones de conveniencia de carácter subjetivo. El Ministerio Público explica la naturaleza parafiscal de los recursos que venían manejando las ARS para la prevención y promoción en salud, por lo cual rechaza el cargo sobre la limitación a una actividad económica y según el cual esas entidades debieron invertir cuantiosos recursos.

En cuanto a la reserva de ley, tanto la Vista Fiscal como uno de los intervinientes sostienen que fue la propia norma la que dispuso el cambio en el régimen de promoción y prevención en salud y confió la reglamentación al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, específicamente para señalar el porcentaje de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiado (UPC-S) que será trasladado directamente a las entidades territoriales. Y rechazan por último la acusación por violar el derecho a la igualdad, toda vez que, en su sentir, existen elementos culturales y socioeconómicos que justifican un tratamiento diferente en el caso de las comunidades indígenas.

3. Para analizar la constitucionalidad de la norma acusada, la Corte comenzará por señalar brevemente las características del sistema de seguridad social en salud; estudiará luego las facultades del Legislador y finalmente, con esos elementos de juicio, procederá al análisis material de cada uno de los cargos de la demanda. Específicamente, la Corte deberá determinar (i) si la norma restringe a las ARS del ejercicio de una actividad económica sin precisar su alcance; (ii) si el Legislador debió señalar una indemnización previa para las ARS; (iii) si el traslado de las actividades de promoción y prevención en salud rompe el principio de integralidad o disminuye la eficiencia en el servicio; (iv) si el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud puede determinar el porcentaje de la UPC-S destinado a las actividades de promoción y prevención en salud, o si esa materia está reservada al Legislador y, finalmente, (v) si la exclusión de las entidades indígenas carece de una justificación constitucionalmente válida. Entra la Corte a estudiar la cuestión.

El modelo de seguridad social en salud previsto en la Constitución. Ámbito de competencia del Legislador

4. La seguridad social, que incluye entre otras las actividades de promoción, protección y recuperación de la salud, constituye no sólo un servicio público obligatorio sino un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado (CP. artículos 48, 49 y 365). Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser éste el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere. Así, por ejemplo, la Carta no establece un sistema de salud y seguridad social estrictamente público ni prefiere uno de carácter privado, sino que deja a la ley la regulación de ese punto.

Reiteradamente ha explicado la jurisprudencia que el Legislador tiene un rol primordial en materia de derechos prestacionales como la vivienda, la salud o la educación¹. Una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros.

Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad². “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”³. Lo mismo ocurriría si el Estado se desentendiera de las funciones de dirección, coordinación y control a la seguridad social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente

asignadas en la Carta del 91.

Antes de adelantar el análisis sobre la eventual restricción a la libertad económica, la Corte considera necesario explicar brevemente la naturaleza de las ARS y de los recursos que manejan dichas instituciones, con el fin de precisar el alcance del artículo 46 de la Ley 715 de 2001.

La ARS y su papel en el Régimen de Seguridad Social en Salud

5. Las ARS fueron autorizadas en la Ley 100 de 1993 y creadas por el Decreto 2357 de 1995 como entidades de intermediación entre los recursos financieros, las instituciones que prestan los servicios (IPS), las autoridades públicas locales y los usuarios, y desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo. Parte de la financiación del subsidio corresponde a la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada (UPC-S), la cual consiste en el valor per cápita transferido a cada ARS y que da derecho al usuario a recibir los servicios previstos en el Plan Obligatorio de Salud⁴. No sobra advertir que las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud constituyen una típica contribución parafiscal⁵ y, en ese sentido, las UPC-S no son recursos que puedan considerarse como propios de las ARS, razón por la cual deben orientarse necesariamente a la prestación de los servicios de salud. Sin embargo, como intermediarias que son, la Corte ha reconocido la posibilidad de destinar un porcentaje de esos recursos a la administración del régimen, es decir, a los gastos necesarios para el ejercicio de su actividad.

En la sentencia C-1489 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero, la Corte debió estudiar la demanda de inconstitucionalidad formulada por un ciudadano contra varios artículos de la Ley 100 de 1993 que autorizaban la creación de las ARS, por considerar que ocasionaban un sobre costo al sistema en detrimento de los principios de eficiencia y universalidad. En aquella oportunidad la Corte reiteró el amplio grado de libertad del legislador para regular la materia y desestimó el cargo, entre otras razones porque, “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 (...)”.

Las ARS han sido, hasta la expedición de la Ley 715 de 2001, las encargadas de administrar recursos parafiscales con destino a los servicios del Plan Obligatorio de Salud en el régimen subsidiado (POS-S), según los contenidos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS, Acuerdos 49 de 1996, 72 de 1997, 77 de 1998, 117 de 1998 y demás normas modificatorias).

Ahora bien, en los servicios del POS-S estaban incluidas las actividades de promoción y prevención en salud, que fueron precisamente las que el artículo 46 de la Ley 715 de 2001 trasladó a las entidades territoriales. Según el artículo 4º del Acuerdo No. 229 del diecisiete (17) de mayo de 2002, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dichas actividades son las siguientes:

“Artículo 4º. Actividades, procedimientos e intervenciones de promoción y prevención en el Régimen Subsidiado que se trasladan a cargo de los distritos y municipios. Con base en el criterio de gradualidad e integralidad las actividades, procedimientos e intervenciones de promoción y prevención de obligatorio cumplimiento que se trasladan a cargo de los distritos y municipios, son las que a continuación se señalan:

A. Promoción de la salud

Promover la salud integral en los niños, niñas y adolescentes.

Promover la salud sexual y reproductiva.

Promover la salud en la tercera edad.

Promover la convivencia pacífica con énfasis en el ámbito intrafamiliar.

Desestimular la exposición al tabaco, al alcohol y a las sustancias psicoactivas.

Promover las condiciones sanitarias del ambiente intradomiciliario.

Incrementar el conocimiento de los afiliados en los derechos y deberes, en el uso adecuado de los servicios de salud, y en la conformación de organizaciones y alianzas de usuarios.

B. Prevención de la enfermedad

Vacunación (esquema del Programa Ampliado de Inmunizaciones, PAI).

Vacunación contra hepatitis B (excepto dosis del recién nacido).

Vacunación combinada contra difteria, tétanos, tos ferina – DPT.

Vacunación contra poliomielitis VOP o SRP (excepto dosis del recién nacido).

Vacunación contra haemophilus influenza tipo b – Hib.

Vacunación combinada contra sarampión, parotiditis, rubéola – en niños y niñas.

Vacunación combinada contra tétanos y difteria – Td a excepción de las dosis incluidas en el control del embarazo.

Vacunación contra fiebre amarilla.

Atención en planificación familiar a hombres y mujeres.

Consulta de primera vez por medicina general para hombres y mujeres.

Consulta de control de seguimiento de programa por médico general para hombres y mujeres.

Inserción de dispositivo intrauterino anticonceptivo – DIU (incluye el dispositivo).

Suministro de anticonceptivos hormonales orales.

Detección temprana del cáncer de cuello uterino.

Citología cervicouterina (Toma de citología para tamizaje con esquema 1 – 1 – 3).

Estudio de coloración básica de citología vaginal tumoral (lectura y reporte).

En relación con estas acciones, se debe dar estricto cumplimiento a las normas técnicas vigentes, en particular las Resoluciones 412 y 3384 de 2000 o las que las modifiquen o adicionen. Las mismas se contratarán prioritariamente con la red pública vinculada a la entidad territorial.”

Sin embargo, las demás actividades de promoción y prevención no transferidas a los distritos y municipios continúan radicadas en las ARS (ídem, artículo 5)

La intervención del Estado y de los particulares en las actividades de seguridad social en salud

6. Interesa ahora determinar cuál es la regulación constitucional sobre la prestación del servicio de promoción y prevención en salud por parte de los particulares, es decir, si el legislador podía asignar dicha actividad únicamente a las entidades territoriales o si, por el contrario, ello hace parte de la libertad de empresa no susceptible de restricción sin antes haber dispuesto el pago de una indemnización.

Pues bien, la Constitución autoriza la intervención del Estado en la economía, la cual puede ser muy intensa en ciertos ámbitos y mucho más flexible en otros. Sobre el particular, en la Sentencia C-1769 de 1996 MP. Alejandro Martínez Caballero, la Corte dijo lo siguiente:

“La intensidad de la intervención del Estado puede ser mayor en unos campos que en otros. Así, como consecuencia de la protección de la libertad económica, por regla general la Constitución prohíbe que la ley establezca monopolios -salvo que se trate de arbitrios rentísticos- pero la Carta autoriza la constitución de monopolios estatales cuando se trata de servicios públicos o de actividades estratégicas. Es más, en ciertas actividades, la Constitución no sólo autoriza sino que exige una importante intervención estatal y gubernamental, pues si bien permite la prestación de los servicios públicos por los particulares y las comunidades, ordena que el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia de los mismos.

(...)

La propia Carta establece con nitidez cual es la finalidad de la intervención estatal en las profesiones, en los servicios públicos y, en particular, en el campo de la salud. Así, según la Constitución, el Estado debe controlar los riesgos sociales de la actividad médica, garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes y, específicamente, la atención de la salud, debe estar orientada por los principios de universalidad, eficiencia y

solidaridad. Es pues claro para la Corte que esta intervención gubernamental en la medicina prepagada tiene como finalidad preservar los derechos de quienes contratan con las entidades que prestan tales servicios, a fin de garantizar a estos usuarios las prestaciones de salud con la calidad idónea a que tienen derecho.”

Y en cuanto al tema específico de la seguridad social en salud, la Corte ha reconocido que existe una amplia facultad de injerencia por parte del Estado; al respecto ha señalado⁶:

“Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49).

La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas (EPS), el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados.

Cuando nuestra Constitución Política permite que particulares concurren con el Estado a prestar el servicio público de salud, no se está reservando el ejercicio de esta actividad, sino que está delegando en los particulares su prestación. Por ello, en este escenario debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presente obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y sí estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio.”

7. Según fue explicado, el Constituyente no prohibió la participación de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social, pero tampoco la estableció con carácter obligatorio: solamente autorizó al Legislador para que procediera en uno u otro sentido según

lo estimara pertinente.

Fue así como la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social en Salud, dividido en dos regímenes, a saber, el contributivo y el subsidiado. El primero aplica a los individuos y sus familias con capacidad de pago, mediante una cotización cubierta por el afiliado (o su familia) en concurrencia con su empleador (artículo 202). Por su parte, quienes no cuentan con capacidad económica de pago son afiliados a través de una cotización subsidiada, entre otros, con recursos fiscales o de solidaridad trasladados del régimen contributivo (artículos 211, 212 y 214). En ambos casos el Legislador autorizó la participación de los particulares, mediante las Empresas Promotoras de Salud (EPS) en el régimen contributivo, y a través de las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), en el otro modelo, privilegiando así el subsidio de la demanda.

Análisis de la disposición acusada en cuanto a la restricción al ejercicio de una actividad económica y el deber de indemnización previa

8. La Corte considera que, según ha sido explicado, bien podía el legislador dentro del marco de atribuciones conferido por el Constituyente, trasladar la competencia para realizar las actividades de promoción y prevención en salud dentro del régimen subsidiado, sin que hubiere prohibición alguna en ese sentido. Ello fue precisamente lo que dispuso la norma acusada, circunstancia que en sí misma no genera vicio de inconstitucionalidad.

El traslado funcional no significa que la norma haya privado a los particulares del ejercicio de una actividad económica, pues de lo que se trata es del cumplimiento de un deber constitucional y de la reglamentación de un derecho prestacional que es a la vez un servicio público, más aún cuando las ARS conservan la potestad de desarrollar tareas de promoción y prevención en salud, incluso con cargo a la UPC-S. Otra cosa es que un porcentaje de los recursos parafiscales destinados a dichas actividades se traslade ahora a las entidades territoriales y no a las ARS, como parte de un ajuste al modelo impuesto.

La Corte observa cómo la ley buscó superar las deficiencias que ha presentado el sistema de seguridad social en salud, para lo cual realizó un nuevo reparto de competencias entre las entidades territoriales, la Nación y las ARS, con el objeto de evitar la duplicidad de funciones, fortalecer los centros hospitalarios del nivel territorial y maximizar los recursos. Basta revisar los antecedentes del debate parlamentario, donde la exposición de motivos ilustra que ese

punto fue objeto de especial atención⁷:

“Esta convivencia simultánea entre las dos leyes (la ley 60 y la ley 100 de 1993) ha propiciado que las entidades territoriales, en el desarrollo del régimen subsidiado de seguridad social en salud, hagan las veces de financiadores del aseguramiento de la población pobre, prestadora de servicios de salud a través de hospitales públicos, partícipes de la regulación y la vigilancia de los mercados, y en algunos casos, incluso ofrezcan seguros de salud a través de Entidades Promotoras de Salud (EPS) y Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS).

(...)

Como resultado, el proceso de transformación de recursos necesarios para afiliar a la población pobre al régimen subsidiado ha sido lento e insuficiente (...) con una transformación de recursos que no se traduce en aumentos de cobertura en la población asegurada, y que por eso desde la perspectiva de los entes territoriales se percibe como un desfinanciamiento adicional de los hospitales públicos.

(...)

Ligado en parte a los problemas anteriormente señalados, se empiezan a evidenciar dificultades en los resultados de la gestión de salud pública, que se financian de manera importante con recursos de las entidades territoriales. Se destacan los descensos en las coberturas de vacunación y otros programas de prevención, que exigen un replanteamiento en las competencias de los entes territoriales para garantizar el logro de metas en salud pública y las responsabilidades específicas de cada ente territorial. (...)

En cuanto a la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, la reforma busca contribuir a mejorar el esquema de fuentes y usos del sector y su flujo, haciendo entrega directa del recurso al ente territorial, que lo ejecuta de acuerdo con la destinación específica para cada caso.” (Subrayado fuera de texto)

Ese punto fue reiterado también en la ponencia para segundo debate del proyecto ante la plenaria del Senado, en los siguientes términos⁸:

“En materia de salud, se precisaron las fórmulas de distribución y en el artículo 47 (sic), fruto de un gran debate, se incluyeron importantes límites a las actividades de las Administradoras del Régimen Subsidiado, determinando que los recursos administrados por estas, destinados a programas de salud pública de prevención y promoción, serán administrados directamente por las entidades territoriales”

En estas condiciones, es claro que bien podía el legislador ocuparse en detalle de la prestación del servicio de salud por particulares, sin que esa intervención pueda concebirse como un obstáculo a la libertad económica, no sólo porque de lo que se trata es de la regulación de un servicio público, sino, además, por cuanto, según fue explicado, la participación de las entidades privadas en actividades de promoción y prevención en salud puede continuar, aún cuando ya no será encomendada en su totalidad a las ARS en el régimen subsidiado. No puede perderse de vista el origen de los recursos para esas actividades, es decir, su naturaleza parafiscal, pues aquí no se trata de una limitación, sino del traslado funcional de competencias de las administradoras del régimen subsidiado a las entidades territoriales.

9. De otra parte, la Corte tampoco considera válido el cargo según el cual el legislador omitió fijar el monto de la indemnización en favor de las ARS. En efecto, no se entiende cómo pueda alegarse la inversión de cuantiosas sumas de dinero de su propio peculio, cuando los recursos que venían destinando a las actividades de promoción y prevención en salud eran de naturaleza parafiscal por corresponder a un porcentaje específico de la UPC-S. Sobre el particular, como lo señala un interviniente, si bien es cierto que la labor de las ARS ha sido lícita, también lo es que la redistribución funcional ordenada por el artículo 46 de la ley 715 de 2001, no convierte las actividades de promoción y prevención de la enfermedad en un monopolio estatal que demande indemnización previa del Estado, pues lejos de contemplarse con un propósito rentístico, dichas actividades están concebidas como un elemento prestacional que hace parte de la seguridad social en salud.

La integralidad en el servicio, el manejo ineficiente de recursos y el principio de progresividad en la seguridad social.

10. Otro de los cargos invocados por el actor tiene que ver con el rompimiento de la integralidad en el servicio, lo cual, en su sentir, supone un manejo ineficiente de los recursos.

En este sentido, considera que la propuesta de separar la promoción y prevención en salud de los servicios curativos, causa fuertes desequilibrios al sistema de seguridad social, porque no habrá una atención directa e individual sobre cada uno de los afiliados.

El argumento del actor, contrario a lo sugerido por los intervinientes y la Vista Fiscal, no corresponde a apreciaciones ajenas al control de constitucionalidad, por cuanto también los elementos empíricos deben ser tenidos en cuenta al momento de adoptar una decisión. Sobre el particular, la Corte recuerda que este tipo de análisis no resulta extraño al control constitucional, pues en ellos subyacen aspectos que en ciertos casos determinan la exequibilidad o no de una norma. Al respecto, la sentencia C-1489 de 2000 abordó en detalle el tema y señaló lo siguiente:

“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 país (Sentencias C-004 de 1992, C-556 de 1992, C-446 de 1995, C-122 de 1999 y C-216 de 1999).

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 inexecutable si la situación social o política fuera totalmente diferente.

11. Sumado a lo anterior, es necesario recordar que una de las características de la seguridad social consiste en la ampliación progresiva del servicio (CP, artículo 48). Ese componente expansivo abarca tanto el ámbito de cobertura como el de calidad, pues solamente así puede predicarse la eficiencia en el servicio y su realización acorde con los principios fundantes del Estado Social de Derecho. El principio de progresividad también constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad, pues a menos que existan razones extraordinarias muy poderosas que justifiquen la prevalencia de otro principio, su observancia es obligatoria, primero por el Legislador y, posteriormente, cuando se adelanta el control de constitucionalidad ante la Corte.

La Sentencia C-1165 de 2000, MP. Alfredo Beltrán Sierra, ilustra ampliamente el alcance del principio de progresividad. En aquella oportunidad la Corte declaró inexecutable el artículo 34 de la Ley 334 de 1996, que autorizaba la disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud. Dijo entonces la Corte:

“De esta manera, en una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 48, 350 y 366 de la Carta, ha de concluirse que el mandato constitucional de ampliar “progresivamente la cobertura de la Seguridad Social” a que se refiere la primera de las normas citadas, guarda íntima relación con el precepto del segundo de los artículos en mención en el que se ordena que “la ley de apropiaciones deberá tener componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica

respectiva”, gasto este que conforme al último de los artículos constitucionales a que se ha hecho alusión “tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

(...)

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.”

No obstante, en armonía con esta línea jurisprudencial, la sentencia C-671 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett, precisó en todo caso existen unos contenidos mínimos o esenciales que no pueden ser desconocidos invocando el principio de progresividad, porque ella hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores con relación a cada uno de los derechos prestacionales⁹.

12. En estas condiciones, si lo afirmado por el actor es cierto, en el sentido de que la separación de las actividades de prevención y promoción de los servicios curativos ocasiona mayores costos al régimen de seguridad social subsidiado, y que significa la reducción de la cobertura o la calidad del servicio de salud, el cargo estará llamado a prosperar ante el desconocimiento del principio de progresividad. Para ello es válido apelar a los estudios empíricos que puedan dar solidez a esa afirmación, pero en tales casos es razonable exigir de quien hace la acusación un mínimo de elementos de juicio a fin de adelantar el correspondiente juicio de constitucionalidad.

Sin embargo, revisado el material allegado al expediente, la Corte no encuentra análisis empíricos que sustenten el cargo del actor. En otras palabras, el demandante no demostró razonablemente cómo la disposición acusada puede vulnerar el principio de progresividad en la prestación del servicio de salud subsidiado. Por el contrario, los antecedentes de la ley 715

de 2001, específicamente la exposición de motivos al proyecto, “preparado bajo la dirección del Departamento Nacional de Planeación y los Ministerios de Educación Nacional y Salud, con la colaboración del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”¹⁰ demuestran la necesidad de hacer ajustes al Sistema de Seguridad Social en Salud, especialmente sobre el reparto de competencias entre la Nación, las entidades territoriales y las ARS en el régimen subsidiado, con el fin de profundizar en la descentralización y la eficiencia de los recursos públicos (ver fundamento jurídico No. 8 de esta sentencia). En sentido similar puede consultarse el Documento CONPES No. 57, que da cuenta de las insuficiencias de la Ley 100 de 1993 y los beneficios proyectados en aplicación de la Ley 715 de 2001¹¹.

Con todo, la Corte considera que el principio de progresividad no se ve afectado por el hecho de que las actividades de promoción y prevención en salud hayan sido separadas de los servicios curativos, no sólo porque el deber de atención integral se mantiene inalterado, sino, además, porque nada indica que la única forma en que puedan ser garantizados dichos servicios sea mediante un modelo concentrado en una misma entidad, específicamente las Administradoras del Régimen Subsidiado. Así pues, los cargos en este sentido tampoco están llamados a prosperar.

El alcance de la reserva de ley en la regulación del sistema de seguridad social en salud.

13. Según el artículo 46 de la Ley 715 de 2001, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) definirá el porcentaje de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado (UPC-S) que se trasladará a las entidades territoriales para el cumplimiento de las nuevas funciones asignadas.

Aún cuando no es un cargo formulado con la claridad deseada, el demandante cuestiona que el legislador no haya precisado el porcentaje de la UPC-S que será trasladado a los distritos y municipios para las actividades de promoción y prevención en salud. La Corte considera que es en este sentido como puede estructurarse el cargo según el cual sólo la ley podía limitar dichas actividades. El problema a resolver es entonces si esa facultad podía ser atribuida al CNSSS, o si por el contrario existía reserva de ley y, en consecuencia, el Congreso no estaba autorizado para cederla a otro órgano.

14. La cláusula de reserva de ley ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como una materialización del principio de división de poderes, ligado a la relación entre

derecho y legitimidad. Ha dicho la Corte al respecto:

“El significado de la legitimidad del derecho se encuentra estrechamente vinculado al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el producto de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad, tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad, que no es homogénea”¹².

Así, como expresión del principio democrático, la cláusula de reserva de ley consiste en la radicación de una competencia en cabeza exclusiva del Legislador, que por mandato directo del Constituyente no puede ser delegada a otro órgano.

15. Ya fue explicado que en materia de seguridad social y de derechos prestacionales como la salud, el Congreso es el primer llamado a delimitar el contenido, alcance y procedimientos para su exigibilidad¹³. El artículo 48 de la Constitución señala que la seguridad social se prestará “en los términos que establezca la ley”; que los particulares podrán participar en la prestación de servicios de seguridad social, “en la forma que determine la ley”, y que “la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo”. Igualmente, el artículo 49 dispone que la atención en salud y el saneamiento ambiental, las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, así como el monto de los aportes, serán regulados por la ley, quien también “señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”. Por su parte, el artículo 365 de la Carta prevé que “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”.

Todo lo anterior demuestra que la delimitación de los elementos estructurales del Sistema de Seguridad Social en Salud es una atribución del Legislador, sin perjuicio de que el desarrollo concreto de los mismos, así como los aspectos complementarios, sea realizado por el reglamento. Y para tal efecto, la Corte entiende que son elementos básicos aquellos que por su naturaleza corresponden a una decisión esencialmente política, es decir, que guardan estrecha relación con la configuración y delimitación del derecho prestacional.

Sin embargo, lo anterior no significa que las demás autoridades del Estado sean ajenas al deber de garantizar la seguridad social en salud, pues en ciertos casos es admisible, e incluso necesario, que el ejecutivo u otro órgano concurren en la regulación de elementos técnicos básicos, en cuyo caso deben existir unos criterios mínimos a ser tenidos en cuenta para su definición. Por ejemplo, el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 dispone que la Unidad de Pago por Capitación, que según fue visto constituye un elemento estructural dentro del modelo adoptado, “se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnológica y hotelera, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud”¹⁴. Ello tiene asidero a la luz del principio de colaboración armónica, según el cual la existencia de funciones separadas entre los órganos no excluye el deber de trabajar mancomunadamente para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.

De esta manera, la Constitución confió al Legislador el señalamiento de los principios generales que orientan el sistema de seguridad social en salud, debiendo establecer un marco mínimo de regulación, pero conservando la facultad de ser más o menos detallado en los aspectos puntuales. La pregunta a responder es si la definición sobre la porción de recursos con destino a las actividades de promoción y prevención en salud, está sujeta a algún tipo de lineamiento normativo dentro del Sistema de Seguridad Social, o si por el contrario hay una suerte de omisión en la regulación de éste punto.

16. Antes de responder el interrogante, la Corte precisa que la determinación del porcentaje de la UPC-S transferido a las entidades territoriales para actividades de promoción y prevención de la enfermedad, es uno de los factores estructurales dentro del sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado, lo cual se justifica no sólo ante la importancia del servicio, sino, además, porque la definición del monto de los recursos para tal fin guarda íntima relación con el contenido y alcance del derecho a la salud, en la medida que corresponde a una decisión de carácter esencialmente político. Así como el Legislador puede privilegiar un servicio preventivo, puede proceder en sentido contrario, es decir, dando prioridad a la atención curativa; y de ello depende la exigibilidad del derecho, por ejemplo, en sede de tutela, pero de ninguna manera significa que tenga la obligación de detallar cada uno de sus componentes, pues tales aspectos pueden ser desarrollados por otras autoridades.

17. La Corte observa que el Legislador estableció un reparto funcional de competencias entre el servicio de promoción y prevención en salud, y la atención curativa en el régimen subsidiado. Para el primer caso, además, señaló que las actividades incluidas en el POS-S a la fecha de entrada en vigencia de la ley serían desarrolladas por los distritos y municipios, conservando las ARS el desarrollo de otras funciones preventivas (las no previstas en el POS-S) con cargo al valor restante de la UPC-S (fundamento jurídico No. 8). De esta manera, asigna de manera clara las funciones de prevención y promoción en salud dentro del régimen subsidiado, así como las actividades de atención curativa, con lo cual desarrolla un aspecto central del sistema, cual es el de la distribución de competencias en uno u otro sentido y eleva a rango legal el primer tipo de actividades, lo cual significa que ellas constituyen el marco mínimo que deberá ser tenido en cuenta en atención preventiva según el principio de progresividad.

Pero la norma también encomienda al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la tarea de definir qué porcentaje de la UPC-S se destinará a las actividades de promoción y prevención en salud asignadas a las entidades territoriales, lo cual podría sugerir dudas sobre su constitucionalidad, en la medida que autoriza a otro órgano para regular un aspecto relevante dentro del sistema de seguridad social. No obstante, para afirmar que esa autorización resulta inadmisibles desde una perspectiva constitucional, es necesario saber si existen o no criterios mínimos que debe ser tenidos en cuenta por el CNSSS para fijar dicho porcentaje: solamente de llegarse a una respuesta negativa la norma habrá de ser retirada del ordenamiento.

18. Visto lo anterior y revisado el contenido de la norma, no es claro que el Legislador haya precisado con qué criterios el CNSSS debe definir el monto de recursos trasladado a las entidades territoriales en el régimen subsidiado. Pero esa circunstancia no comporta la inconstitucionalidad de la norma, pues aunque sería deseable que hubiere señalado criterios específicos para hacerlo, en todo caso existen unos lineamientos mínimos derivados de la propia Carta, a los cuales se sujeta la actividad del CNSSS.

En efecto, según el artículo 356 de la Constitución, no se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos suficientes para atenderlas, lo cual significa que el CNSSS deberá tener en cuenta ese criterio al momento de fijar el valor de la UPC-S destinado a las actividades de promoción y prevención en salud a cargo de las

entidades territoriales (aquellas que hacían parte del POS-S al momento de entrada en vigencia de la ley). Así mismo, la función del CNSSS está sujeta a la observancia de los principios de universalidad, eficacia y solidaridad, teniendo en cuenta la atención progresiva e integral. En ese sentido, su actividad no corresponde a la mera liberalidad, sino que está enmarcada por ciertos parámetros constitucionales, especialmente en la asignación de recursos, para lo cual los criterios de equidad y proporcionalidad constituyen puntos de referencia obligatoria en la determinación del porcentaje de la UPS-S con destino a las actividades de promoción y prevención en salud. Así, a mayor traslado de competencias, mayor deberá ser el monto de los recursos transferidos.

La Corte no desconoce la importancia de un sistema de seguridad social que pueda ser flexible en la distribución de recursos para la atención en salud, especialmente frente a las cambiantes situaciones económicas y sociales, pues si bien es cierto que corresponde al Congreso definir la política en la materia y sus aspectos prioritarios, también lo es que el principio de colaboración armónica demanda de las demás entidades del Estado una actitud diligente en este sentido. El Legislador tiene entonces la potestad de fijar los lineamientos generales e incluso profundizar en aspectos específicos del sistema, y obviamente modificar esas condiciones, pero en todo caso los demás órganos deben concurrir para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y para ello podrán adoptar, en ciertos casos, algunas decisiones de carácter político.

Por lo demás, no puede perderse de vista que el CNSSS es expresión del principio pluralista, en cuya conformación concurren funcionarios del sector central, descentralizado y miembros de la sociedad civil relacionados con el servicio de salud¹⁵, donde la toma de decisiones ha de ser conciliada. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente¹⁶:

“El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud es creado por el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, como un organismo de concertación de carácter permanente, adscrito al Ministerio de Salud, encargado de la dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)

Se trata de un órgano plural de concertación entre funcionarios de sector central, descentralizado y miembros de la sociedad civil relacionados con el servicio de salud. Las decisiones del Consejo tienen carácter concertado. A través de ellas se desarrolla el principio

constitucional de la democracia participativa consagrado, entre otros, en el preámbulo, y en los artículos 1 y 103 de la Carta.”

En estas condiciones, la Corte observa que por mandato del Legislador las actividades de promoción y prevención en salud corresponden, en su mayoría, a las entidades territoriales, para lo cual basta revisar aquellas que les fueron trasladadas, es decir, las incluidas en el POS-S a la entrada en vigencia de la ley (ver fundamento jurídico 5 de esta sentencia). Por ello, en atención a los argumentos expuestos, la Sala considera que la norma es constitucional, bajo el entendido que, mientras el legislador no señale los criterios específicos, la proporción de la UPC-S que fije el CNSSS para las entidades territoriales debe ser fijada de acuerdo a las competencias transferidas, sin que en ningún caso ellas reciban un monto inferior al cincuenta por ciento (50%) de los recursos destinados para las actividades de promoción y prevención en salud.

Cargo por violación del derecho a la igualdad

19. Finalmente, queda por estudiar el cargo según el cual la norma vulnera el derecho a la igualdad, ya que excluye de su aplicación a las ARS y las EPS indígenas, sin que para ello exista justificación alguna. No obstante, el planteamiento del actor está llamado al fracaso por las siguientes razones:

De un lado, porque existe un expreso mandato constitucional según el cual el Estado tiene la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación (CP. artículo 7º). Ese imperativo justifica un tratamiento diferenciado para las comunidades indígenas en materia de seguridad social en salud, como tuvo ocasión de explicarlo la Corte en la sentencia C-088 de 2001 MP. Martha Victoria Sáchica, donde dijo lo siguiente:

“Con todo, tal como lo ha señalado esta Corporación (Sentencias T-380/93, T-342/94, SU-039/97 y T-652/98), el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural (C.P. art. 7), justifica que se dicten disposiciones especiales dirigidas a las comunidades indígenas. Estas normas, en tanto que implican una distinción, deben basarse en razones suficientes que expliquen la diferencia de trato. En materia de salud, tal como lo pone de presente el Congreso de la República en su insistencia, existen elementos culturales (como la concepción de la enfermedad y su tratamiento) y socioeconómicos (como la existencia de una economía colectiva por oposición al mercado), que de no considerarse en su justa dimensión, hacen

más difícil el acceso y disfrute efectivo de los beneficios del sistema de seguridad social en salud. En tales condiciones, resulta justificado que, en términos generales, se establezca un régimen especial de seguridad social en salud para tales comunidades.”

Por otra parte, la acusación tampoco puede prosperar porque esa circunstancia especial fue tomada en cuenta por el legislador, como lo muestra un recorrido por el debate parlamentario. En efecto, aún cuando el asunto no fue planteado inicialmente por el Gobierno, su inclusión obedeció a la proposición aditiva formulada por el congresista Jesús Enrique Piñacué Achicué, quien además de justificar la importancia de esa medida en términos constitucionales, la consideró necesaria desde una perspectiva funcional de seguridad social en salud. Explicó entonces¹⁷:

“Las autoridades locales en la mayoría de los casos, no invierten los recursos indígenas en ellos, argumentando las difíciles condiciones geográficas de los lugares en donde viven y por desconocimiento de la cultura indígena, lo que conlleva que muchos de estos recursos se pierdan por estar mal aplicados, sin respetar procesos de acercamiento cultural.

Las entidades propias de estos pueblos, han ganado un espacio importante dentro de la autonomía y en los acercamientos de la ciencia moderna de la medicina y las ancestrales tradiciones de estos pueblos, lo que ha conllevado a mejores resultados en las labores de prevención y promoción en salud”.

En este orden de ideas, la Corte concluye que bien podía el Congreso excluir a las ARS y las EPS indígenas de la regulación prevista en la Ley 715 de 2002, pues contaba con amplia discrecionalidad para hacerlo, más aún a la luz del artículo 7º de la Constitución.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el inciso 2º del artículo 46 de la ley 715 de 2001, bajo el entendido que mientras el legislador no señale los criterios específicos, la proporción de la UPC-S que fije el CNSSS para las entidades territoriales debe ser fijada de acuerdo a las competencias

transferidas, sin que en ningún caso ellas reciban un monto inferior al cincuenta por ciento (50%) de los recursos destinados para las actividades de promoción y prevención en salud.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Alvaro Tafur Galvis, no firma la presente sentencia por cuanto estuvo ausente con excusa debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-791/02

Referencia: expediente D-3962

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 parcial de la Ley 715 de 2001, “Por el cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para garantizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado aclara el voto para reiterar que, tal como lo expresé en el salvamento de voto a las sentencias C-617 y C-618 de 2002, a mi juicio la mencionada Ley en su integridad es inexecutable y a ellos me remito.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-791/02

Aún cuando comparto las decisiones contenidas en la parte resolutive de la sentencia aludida sobre la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 46 de la Ley 715 de 2001, aclaro mi voto aclaro mi voto para reiterar que, tal como lo expresé en el salvamento de voto a la Sentencias C-617 y C-618 de 2001, a mi juicio la mencionada Ley, en su integridad es inexecutable por las razones expresadas en los salvamentos de voto mencionados.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

1 Ver, entre muchas otras, las Sentencias C-130 de 2002, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil y C-130 de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-1489 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.

4 Según el artículo 182 de la ley 100 de 1993, esta unidad se establecerá por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería”.

5 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-828 de 2001 MP. Jaime Córdoba Triviño.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

7 Exposición de motivos al Proyecto de Ley 120 de 2001 Senado, 135 de 2001 Cámara, que posteriormente se convertiría en la Ley 715 de 2001. Gaceta del Congreso No. 500 del 23 de noviembre de 2001.

8 Gaceta del Congreso No. 645 del 13 de diciembre de 2001.

9 Al respecto ver también las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss., entre otras.

10 Exposición de motivos al Proyecto de Ley 120 de 2001 Senado, 135 de 2001 Cámara, que posteriormente se convertiría en la Ley 715 de 2001. Gaceta del Congreso No. 500 del 23 de noviembre de 2001, pág. 18

11 Departamento Nacional de Planeación, documento CONPES SOCIAL No. 57 del 28 de enero de 2002, pág. 30 y siguientes.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001 MP. Jaime Córdoba Triviño. Ver también la Sentencia C-570 de 1997 MP. Carlos Gaviria Díaz.

13 Ver fundamento jurídico No. 4 de esta Sentencia

14 Cfr. Sentencia C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamentos jurídicos No. 20 y 21.

15 Según el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adscrito al Ministerio de Salud, es el organismo de carácter permanente que dirige el Sistema de Seguridad Social, conformado por (i) el ministro de salud, (ii) el ministro de trabajo y seguridad social o su delegado, (iii) el ministro de hacienda y crédito público o su delegado, (iv) dos representantes de las entidades departamentales y municipales de salud, (v) dos representantes de los empleadores, (vi) dos representantes de los trabajadores, (vii) el representante legal del Instituto de Seguros Sociales, (viii) un representante de las entidades promotoras de salud distintas del ISS, (ix) un representante de las instituciones prestadoras de servicios de salud, (x) un representante de los profesionales del área de la salud y, (xi) un representante de las asociaciones de usuarios de servicios de salud del sector rural.

16 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico No. 37.

17 Gaceta del Congreso No. 38 del veinte (20) de febrero de 2002, pág. 23 y 24.