Sentencia C-898/03

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Integración

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Análisis constitucional de la totalidad del contexto

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Definición

REGIMEN SUBSIDIADO-Definición/REGIMEN SUBSIDIADO-Propósito

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Recursos/RECURSOS DEL SUBSIDIO-Administración

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Regulación

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Entidades de intermediación

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Prestación del servicio público de salud por particulares

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Concurrencia del Estado y de los particulares en la prestación del servicio dentro del esquema de libertad de empresa

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Recursos tienen carácter público

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Carácter y fuerzas expansivas

SERVICIO DE SALUD-Organización debe llevarse a cabo con participación de la comunidad

SERVICIO DE SALUD-Participación de la comunidad no parece entenderse como la simple presencia o intervención de grupos organizados

FORMAS DE ORGANIZACION ECONOMICA SOLIDARIA-Respaldo constitucional

LEGISLADOR-Obligación de promover y fortalecer las cooperativas y demás formas asociativas y solidarias de propiedad

LIBERTAD DE EMPRESA-Objeto de los límites constitucionales a la facultad legislativa de restringir

MODELO DE LIBERTAD DE EMPRESA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Razones para su adopción

ADMINISTRACION DE RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Preferencia implica la imposibilidad de realizar los principios de eficacia y universalidad del servicio público de salud

RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Requisitos para administrar se aplican por igual a todas las ARS

ADMINISTRACION DE RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Privilegio no puede impedir tener en cuenta las mejores condiciones de oferta de servicios que hacen las distintas ARS

ADMINISTRACION DE RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD-Solamente cuando se presente una igualdad de condiciones entre los participantes debe preferirse a la ARS de carácter comunitario

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO INDIGENA-Atención a comunidad indígena

AUTORIDAD INDIGENA-Facultad de crear Administradoras Indígenas de salud/COMUNIDAD INDIGENA-Facultad de seleccionar libremente la ARS

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Régimen de seguridad social deberá extenderse progresivamente y aplicarse sin discriminación alguna

Referencia: expediente D-4558

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º (parcial) del artículo 216 de la Ley 100 de 1993.

Actor: Elkin León

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, siete (7) de octubre dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Yolanda Cañón Pineda, actuando en nombre propio y haciendo uso de los derechos consagrados en los artículos 40-6 y 95-7 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad parcial del numeral 1º del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, por considerar que es contraria a los artículos 13, 150, numeral 21 y 333 de la Constitución Política de Colombia

II. NORMA DEMANDADA

LEY 100 DE 1993

“por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se “dictan otras disposiciones

“El Congreso de la Republica de Colombia

“Decreta

“ARTICULO 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 del 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 participara como miembro de las juntas de licitaciones y adquisiciones o del órgano que hace sus veces, en la sesión 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.

“4. Si se declara la caducidad de algún contrato con las Entidades Promotoras de Salud que incumplan las condiciones de calidad y cobertura, la entidad territorial asumirá la prestación del servicio mientras se selecciona una nueva Entidad Promotora.

“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 si 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 beneficiarios del régimen subsidiado recibirán de los fondos seccionales, distritales y locales de salud, de 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 de transición el valor de la unidad de pago por capitación será aquel correspondiente al plan de salud obligatorio de que trata el parágrafo 2 del artículo 162 de la presente Ley.

“PARAGRAFO 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.

“PARAGRAFO 2. El 50 % de los recursos del subsidio para 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

En cuanto a la violación del artículo 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad, el demandante arguye que el aparte que acusa otorga un trato preferencial sin justificación objetiva, razonable y proporcionada, cuando ordena que las direcciones de salud seccionales o locales contraten preferentemente a las entidades promotoras de salud de carácter comunitario, para llevar a cabo la administración de los recursos o la operación del régimen subsidiado.

Argumenta que la expresión acusada es incluso contraria a los principios y lineamientos de la ley a la que pertenece, pues ésta consagra la libertad de empresa en el sector de la salud, la participación igualitaria de las entidades públicas y privadas para la administración del régimen contributivo y del subsidiado, así como el derecho de la población afiliada a la libre elección de las entidades administradoras. Además, arguye que en lo que tiene que ver con la administración del régimen subsidiado, la ley no "hace distinción alguna en la forma de selección" entre las entidades promotoras de salud y cajas de compensación familiar. A su parecer, la orientación que da al sistema el legislador es la de permitir la participación de los particulares en la prestación del servicio, dentro de un ámbito de libre competencia, del cual se aparta la norma que parcialmente acusa.

Siguiendo la misma línea argumentativa, alude el actor a que el Decreto 1804 de 1999, que regula el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, establece requisitos para poder acceder a la administración del mencionado régimen que "se aplican indistintamente tanto a las empresas solidarias de salud como a las empresas promotoras de salud y cajas de compensación familiar". De esta manera, es claro que el punto de partida para participar en la elección es el mismo para todas las entidades, mientras que en el punto de llegada, es decir, en la elección de la entidad, se establece un privilegio irrazonable y desproporcionado que beneficia solamente a las empresas solidarias de salud. En efecto, continua, "con la vigencia de la norma demandada, se llega a tal desproporcionalidad como la de participar en un concurso para la administración del régimen subsidiado, en la que se encuentran una empresa solidaria de salud, una entidad promotora de salud y una caja de compensación familiar, respecto de las cuales, la que mejores condiciones presenta no solo en tecnología, sino en calidad de la prestación del servicio, es la Caja de Compensación familiar, pero en cumplimiento del numeral 1° del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, se debe elegir a la empresa solidaria de salud… la selección del contratista se realiza de forma preferencial sobre las empresas solidarias de salud, discriminando a las demás entidades habilitadas, sin consideración a factores tan importantes como son los recursos financieros que permiten la continuidad de la prestación del servicio público, la tecnología que permite el tratamiento avanzado en la mejora de la enfermedad de la población, la experiencia en la prestación del servicio, factores fundamentales en el sector de la salud, que al desconocerlos ponen en juego la vida y salud de la población colombiana."

Agrega que resulta encomiable la intención legislativa de estimular a las organizaciones comunitarias, pero que ello no puede lograrse descuidando la prestación del servicio público de salud, que involucra la vida y la salud de las personas. Además, continua la demanda " si en gracia de discusión se aceptara que dentro del sector salud no opera el principio de libertad de empresa, la norma igualmente resulta desproporcionada, en la medida, en que

favorece a las empresas comunitarias, tal vez en busca de estimular la actividad de empresas que no tienen ánimo de lucro, pero a la vez deja por fuera a las Cajas de Compensación Familiar que tampoco tienen ánimo de lucro."

Con respecto a lo anterior, el demandante llama la atención sobre la sentencia C-317 de 2000, en la cual se tocó el tema de la igualdad en cuanto al punto de partida y al punto de llegada, concluyendo, según entiende quien acusa, que al adoptarse medidas para privilegiar a ciertos grupos se debe procurar que éstas se dirijan a eliminar obstáculos en las condiciones para participar en la elección, pero no en la constitución de privilegios en la designación cuando todos han participado en igualdad de condiciones.

Por otro lado, el actor eleva los siguientes cargos para fundamentar la violación del numeral 21 del artículo 150, el artículo 333 y el 334 de la Carta Política. Afirma que conforme lo ha explicado esta Corporación, la participación de las entidades públicas y privadas en el sistema general de seguridad social en salud se desarrolla dentro de un esquema de libre competencia. Sostiene que, no obstante lo anterior, el legislador, puede intervenir económicamente un servicio público, como el de salud, pero debe precisar los fines y alcances de la medida, requisito que no cumple el aparte acusado. Si bien la Corte ha sentado jurisprudencia1 que reconoce que cuando se trata del servicio público de la salud, la intervención estatal es intensa, "esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"2, así como respetar el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, criterios que a su juicio no se presentan en el este caso. Además, asegura que existe también una violación a los derechos de los usuarios del sistema, a quienes se les ve restringido el derecho a escoger libremente la entidad que ha de prestar un servicio tan importante y vital como lo es el de la salud.

En suma, en el sentir del actor la medida dispuesta por el artículo demandando atenta contra el ejercicio de la libre competencia pues establece una preferencia sin criterio alguno de proporcionalidad y racionalidad, pasando igualmente por encima por el derecho a la igualdad.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Interior y de Justicia

Dentro del término correspondiente, intervino la Doctora Ana Lucía Gutiérrez Guingue, actuando en representación del Ministerio de la referencia, para solicitar a la Corte que declare la constitucionalidad de la expresión demandada.

La nombrada funcionaria comienza su intervención haciendo un examen sobre la naturaleza de las empresas solidarias de salud. Resalta que con este tipo de empresas se pretende cubrir con el servicio de salud a los estratos 1 y 2 pues "el sistema de seguridad social le entrega recursos a los más pobres para que éstos los manejen mediante la organización comunitaria, solidaria, y sin ánimo de lucro con el fin de mejorar su acceso a los servicios de salud y contribuir a elevar la calidad de vida (…) Son sin lugar a dubitaciones, un desarrollo del proceso de democratización de la Constitución Política en cuanto coadyuvan a hacer realidad postulados tales como el desarrollo local, ya que contribuyen al bienestar general de

la población desde ese nivel ayudando a generar ciudadanos y comunidades sanas, capaces de construir su propio desarrollo; la descentralización, la redistribución de ingreso, la participación ciudadana y la justicia social".

Por otro lado, la intervinente recuerda que existe la posibilidad de que el legislador establezca diferenciaciones si se basa en motivos objetivos, razonables y proporcionados, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte. En su sentir, la norma acusada tiene un propósito altruista y revestido de constitucionalidad toda vez que intenta promover las empresas solidarias de salud que, como ya lo demostró, protegen e impulsan principios superiores. La medida resulta razonable y proporcionada si se entiende que la preferencia que instituye no pretende excluir la selección objetiva, sino tan sólo procurar que, en caso de que se den condiciones de igualdad entre las empresas solidarias y otras entidades, se prefiera a las primeras.

En la misma línea argumentativa, la intervinente sostiene que el principio de libertad de empresa no excluye la posibilidad de que el legislador establezca parámetros especiales, siempre y cuando atienda la prevalencia del interés colectivo y los principios de razonabilidad y proporcionalidad,. Precisamente la salud es un servicio en el cual el Estado puede intervenir de manera amplia, pero razonable, para procurar que se cumplan las condiciones de calidad. Es así como la injerencia en la libertad de empresa está basada en razones válidas, "las que son entendidas a cabalidad al reflexionarse sobre la naturaleza y características de las ESS, lo que nos lleva a concluir que el ejercicio legislativo que se analiza se entiende para hacer realidad principios Constitucionales en procura del bienestar general y el interés colectivo, sin llegar a afectar la esencia del derecho a la libertad de empresa". Lo anterior se ve reforzado si se tiene en cuanta que l artículo 103 superior impone al Estado la obligación de contribuir a la promoción de las asociaciones comunitarias, como las empresas solidarias de salud.

2. Ministerio de Protección Social

Actuando en representación del Ministerio de la referencia intervino oportunamente la Doctora Gloria Cecilia Valbuena Torres, para solicitar a la Corte que declare la constitucionalidad de la expresión demandada

Sostiene la intervinente que la Constitución de 1991 introdujo como novedad el establecimiento de la democracia participativa, la cual es, entre otras cosas, "un proceso de tipo social y político en el que una diversidad de grupos, organizaciones y personas se involucran en las decisiones públicas, en la planeación, ejecución y control de los programas y proyectos que adelantan las instituciones estatales." La adopción de la democracia participativa es una respuesta al anhelo estatal de que sea la misma ciudadanía la que "avance hacia estadios superiores de gestión y desarrollo acordes con las nuevas realidades". Lo anterior es relevante frente al tema que propone la demanda, por cuanto, en el sentir de la funcionaria, las empresas solidarias de salud son una de las muchas materializaciones de este principio constitucional.

En este sentido, considera que el privilegio otorgado a las mencionadas empresas está plenamente justificado, pues lo que se pretende es salvaguardar el principio de la democracia participativa. En efecto, la finalidad perseguida por el legislador al expedir la

norma parcialmente acusada fue el garantizar la protección de las empresas solidarias salud, garantizando su participación en el sistema en condiciones de equidad frente a otras empresas que, por su naturaleza, cuentan con mayores recursos económicos. Además, afirma que el artículo parcialmente demandado, lo mismo que el 154 de la Ley 100 de 1993, desarrolla los artículos 48, 49, 334 y 365 y siguientes de la Constitución, según los cuales corresponde al Estado organizar la prestación del servicio de la salud en forma descentralizada y con la participación de la comunidad.

La intervinente desestima el argumento del demandante que sostiene que se trata de una media desproporcionada pues considera que no se afectan desmedidamente los intereses jurídicos de las otras entidades llamadas a administrar dichos recursos y servicio s del régimen subsidiado de salud, porque las entidades deben cumplir con los mismos requisitos exigidos en la normatividad legal vigente, lo cual les permite actuar dentro de las mismas condiciones jurídicas requeridas para las administradores del régimen subsidiado. Tampoco comparte la acusación según la cual la norma seria inconstitucional por no precisar los fines y alcances de la intervención económica que involucra, pues en su sentir, es la misma Constitución la que establece "el marco en que han de operar las entidades de origen comunitario".

3. Intervención Ciudadana

Dentro del término establecido, intervinieron en el proceso los ciudadanos Jorge Enrique Ibáñez Najar, en nombre propio, y Luis Gonzalo Giraldo Marín, en representación de ASOCAJAS, para solicitar la inexequibilidad del aparte acusado así como la extensión del examen de inconstitucionalidad a todo el numeral que contiene la expresión que se revisa. En sus escritos, que coinciden tanto en lo material como en la redacción, aseguran que la disposición demandada quebranta el artículo 13 de la Carta, así como el 209 ibidem ya que sin justificación alguna otorga privilegios a las empresas solidarias de salud.

Así lo sostienen pues consideran que "si de acuerdo con lo previsto en el artículo 215 de la misma Ley 100, la administración de tales recursos debe hacerse con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio y si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de esa misma Ley, también lo pueden hacer las Cajas de Compensación Familiar, (…) no se ve la razón por la cual, el numeral 1º del artículo 216 de la misma Ley prevea que se contrate preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con otras entidades, esto es, Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario".

Asimismo, afirman que la norma acusada viola el artículo 209 y el inciso final del artículo 150 de la Carta Política "puesto que al prever que exista un régimen de contratación de la administración pública, supone que él tenga por objeto desarrollar los principios que orientan la celebración de lo9s contratos del Estado para el cumplimiento de su actividad administrativa, entre ellos los de interés público y de selección objetiva, así como los principios generales que orientan el ejercicio de la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad."

En el mismo orden de ideas, consideran que no existen fundamentos para que la norma limite la libre competencia toda vez que esto sólo es posible cuando así lo exige el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Según el informe de la Secretaría General de la Corte con fecha de 6 de Mayo, la intervención de la Asociación Empresas Gestoras del Aseguramiento- GESTAR SALUD- se presentó fuera de los términos procesales establecidos, razón por la cual no será tenida en cuenta en el estudio que aquí nos ocupa.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dentro del término procesal establecido, el señor Procurador de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, rindió el concepto de su competencia solicitando la exequibilidad condicionada de la expresión impugnada.

El Procurador sugiere que el aparte acusado debe ser interpretado conjuntamente con el numeral 2º del mismo artículo, llevando a cabo una integración normativa, con el fin de ser fiel al verdadero sentido de la norma. El tenor de este último numeral indica que "(c)uando 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."

Dice el concepto fiscal que leyendo aisladamente el numeral 1° del artículo acusado se podría llegar a entender que la expresión demandada es constitucional, pues la preferencia tendría lugar únicamente cuando entre las varias entidades que ofrecieron las mejores opciones se encuentra alguna empresa solidaria de salud; de esta manera, la preferencia se justificaría como una forma de incentivar y proteger las formas solidarias de propiedad, que desarrollaría los postulados de los artículos 2° y 68 superiores. Sin embargo, leyendo armónicamente el numeral 1° y el 2°, debe concluirse que lo que quiso el legislador fue que las empresas promotoras de salud de carácter comunitario ni siquiera tengan que participar en el concurso para ser elegidas.

Continua el Ministerio Público diciendo que la lectura integral de los dos numerales lleva a establecer que la preferencia consagrada en el numeral primero a favor de las empresas promotoras de salud de carácter comunitario, tales como las empresas solidarias de salud, unida a lo señalado en el numeral 2°, hace que estas empresas no participen, junto con las demás entidades facultadas para administrar el régimen subsidiado, en el concurso que se realice para seleccionar la oferta más favorable. Circunstancia esta que estima es inconstitucional, por violación del derecho a la igualdad, dado que se desconocería la oportunidad de las otras empresas habilitadas para la administración del régimen subsidiado, empresas a las cuales se les exigen los mismos requisitos pero no se les otorga las misma posibilidades de ser elegidas. Además también se irrespetaría el principio de la libre competencia en materia de seguridad social al que se refiere el artículo 48 de la Constitución, lo cual repercutirá en la efectiva prestación del servicio público de salud. Si

bien es cierto que el mencionado principio no es absoluto, debe tenerse en cuenta que sus limitaciones deben estar orientadas a realizar los fines del Estado, lo cual no se presenta con la restricción que aquí nos ocupa.

Por otro lado, en el sentir del Procurador la norma acusada se presta para el ejercicio de arbitrariedades en la medida en que no indica cuáles son las circunstancias en que se debe preferir a las empresas solidarias de salud, teniendo como resultado la contratación obligatoria de éstas sin tener en cuenta las condiciones que ofrece. Es así como el aparte acusado estaría impidiendo una prestación del servicio de salud bajo el principio de eficacia, principio que en ese contexto adquiere fundamental importancia para la constitución de un Estado Social de Derecho .

A pesar de lo anterior, el Procurador sostiene que lo dicho no significa que se esté vulnerando la libertad de empresa, pues en realidad las entidades siguen con la posibilidad de constituirse como empresas administradoras del régimen subsidiado. Lo que se limita es estrictamente la libre competencia. Y en relación al cargo de inconstitucionalidad según el cual la expresión acusada viola el numeral 21 del artículo 150 de la Carta, afirma que la finalidad de la Ley 100 de 1993 es sustancialmente diferente a aquella a la que se refiere el referido numeral 21; es decir, no es una ley de intervención económica, y por tanto no pretende desarrollar el anterior artículo constitucional.

Con fundamento en todo lo anterior, el Procurador propone que el aparte acusado sea declarado exequible, condicionadamente a que la expresión 'preferencialmente' sea entendida en el sentido según el cual la elección para administrar el régimen subsidiado debe hacerse siempre previo concurso y sólo en caso de presentarse empate entre una empresa promotora de salud de carácter comunitario y otra, se prefiera a la primera.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la demanda objeto de revisión, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4° de la Constitución Política, ya que el aparte normativo acusado hace parte de una ley de la República.

Inexistencia de cosa juzgada

2. Mediante Sentencia C-1489 de 20003 la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad incoada contra la totalidad del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, acusado de establecer una intermediación obligatoria de las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) en la gestión del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, lo que a juicio del entonces demandante generaba un sobrecosto en el sistema, ya que buena parte de los recursos se quedaban en las arcas de dichas administradoras, situación esta que a su modo de ver desconocía los principios de eficiencia y universalidad que orientan la seguridad social. La Corte encontró que la introducción de las administradoras del régimen subsidiado en la gestión del régimen subsidiado no constituía, per se, un sobrecosto innecesario, ya que esas entidades, encargadas de la intermediación de los recursos de la seguridad social y del aseguramiento de los usuarios, habían sido pensadas precisamente para aumentar, por

medio de un modelo de competencia, la eficiencia y equidad del sistema de salud, a fin de lograr su universalidad. En consecuencia, en la parte resolutiva de la Sentencia en cita se declaró la exequibilidad de artículo 216 de la Ley 100 de 1993, pero únicamente respecto del cargo a que se ha hecho alusión.

En la presente oportunidad se demanda un aparte normativo del mismo artículo 216, pero el cargo formulado en contra de la disposición difiere del estudiado en la pasada oportunidad, pues ahora el actor considera que la contratación "preferencial" de las administradoras del régimen subsidiado de carácter comunitario involucra un desconocimiento del derecho a la igualdad y de los postulados de la libre competencia y de la intervención del Estado en la economía. En tal virtud, no existe cosa juzgada que impida a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad del aparte normativo ahora acusado.

Lo que se debate

3. De conformidad con lo expuesto en la demanda, las intervenciones y el concepto del señor Procurador, debe la Corte establecer si el privilegio que el artículo 216 de la Ley 100 de 1993 establece respecto de las administradoras del régimen subsidiado de carácter comunitario, a fin de que las direcciones seccionales o locales contraten preferencialmente con ellas la administración de los recursos del régimen subsidiado, desconoce el derecho a la igualdad de las demás empresas llamadas a cumplir el mismo objetivo, la libertad de empresa y de competencia a que se refiere el artículo 333 superior y los principios que gobiernan la intervención del Estado en la economía, específicamente en materia del servicio público de salud. Para ello debe estudiar cuál es el alcance del privilegio otorgado y aclarar si de la Constitución emerge una especial protección a las empresas de carácter comunitario que justifique el trato preferencial que la norma dispensa. Adicionalmente, a fin de determinar la constitucionalidad de la disposición parcialmente acusada, es necesario referirse a la vinculación del sistema de seguridad social en salud con la satisfacción de necesidades básicas de la población y la efectividad de los derechos fundamentales.

Cuestión previa: proposición jurídica completa.

4. A juicio del señor Procurador, la expresión acusada perteneciente al numeral 1° del artículo 216 de la Ley 100 de 1993 debe ser examinada conjuntamente con el numeral 2º del mismo artículo, llevando al efecto una integración normativa, pues de otra manera no es posible pronunciarse sobre verdadero sentido de la norma.

Al parecer de la Corte tiene razón el concepto fiscal. Ciertamente, la lectura aislada de la expresión "preferencialmente", que ha sido acusada, no permite al intérprete entender cuál es el alcance de la preferencia a la que se refiere el legislador. Este entendimiento sólo se obtiene cuando se leen íntegramente los dos primeros numerales del artículo 216. El tenor de los mismos, como se recuerda, es el siguiente:

"ARTICULO 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 del 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.”

Como puede apreciarse, el numeral primero se limita a establecer una preferencia para la contratación de entidades llamadas a administrar los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud, al paso que el segundo precisa que la escogencia del contratista solamente se hará por concurso cuando se haga con empresas que no sean de carácter comunitario. Contrario sensu, si la contratación se va a hacer con una empresa comunitaria, no es necesario convocar concurso público, sino que el contrato se adjudica directamente. Así las cosas, la preferencia a que se refiere el numeral primero se explica en el numeral segundo y consiste en que las empresas de carácter comunitario no se someten a concurso público para fines de administrar los recursos del subsidio, sino que son contratadas directamente, al paso que las demás empresas si deben someterse a ese método de selección del contratista.

En conclusión, no existe ninguna contradicción entre los numerales primero y segundo del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, antes bien el numeral segundo es complementario del primero, que no puede entenderse a cabalidad sin la lectura aquel.

Ahora bien, como el alcance normativo de la expresión “preferencialmente” sólo se comprende con la lectura armónica de los dos primeros numerales del artículo 216, es decir, tal expresión no tiene un sentido regulante propio y autónomo, sino que su verdadero entendimiento se deduce del contexto en el que se encuentra insertada, la Corte estima que los dos primeros numerales de la disposición conforman una proposición jurídica inescindible y por ello extenderá el examen de constitucionalidad sobre todo el texto de los mismos.

Recuérdese que el concepto de proposición jurídica completa o inescindible ha sido precisado por la jurisprudencia de la h. Corte Suprema de Justicia así:

“la proposición es completa cuando su enunciado tiene per se sentido propio, cuando puede decirse que es una unidad normativa autónoma o lo que es lo mismo, susceptible de ser aprehendida intelectualmente con pleno significado inteligible por sí sola y por lo tanto perfectamente separable del resto, el cual a su turno conserva también sentido lógico y adecuada aplicabilidad.”4

Breve referencia al régimen legal vigente para la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud

5. El Régimen Subsidiado es el conjunto de normas que rigen la vinculación 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 los recursos fiscales o de solidaridad de que tratan las leyes 100 de 1993 y 715 de 2001. Este régimen tiene como propósito financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no

tienen capacidad de cotizar.5

Los recursos del subsidio a que se refiere el artículo 216 parcialmente acusado son aquellos con los cuales se financia el régimen subsidiado de salud. Dichos recursos se encuentran señalados en el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 y son administrados por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud mediante la suscripción de contratos con las llamadas administradoras del régimen subsidiado (ARS), según lo disponen el artículo 215 y siguientes de la misma Ley. Como excepción a esta regla general, el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 permite que las cajas de compensación familiar administren directamente, en ciertos casos, ciertos recursos del subsidio6.

Las ARS fueron autorizadas en la Ley 100 de 1993 y creadas por el Decreto 2357 de 1995. Hoy en día están reguladas por el Decreto 1804 de 1999 cuyo artículo 1° indica que pueden administrar los recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, en calidad de administradoras del régimen subsidiado (ARS), las Empresas Solidarias de Salud -ESS-, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en ese mismo decreto y que sean autorizadas previamente por la Superintendencia de Salud. El numeral 2° del artículo 3° del Decreto 1804 de 1999 se refiere concretamente a las condiciones económicas mínimas exigidas para que las ARS pueden entrar a administrar el régimen subsidiado.7

Según se explicó en la Sentencia C-791 de 20028, las ARS son 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.

La libertad de configuración legislativa en materia de seguridad social en salud y la necesidad de desarrollar los postulados superiores referentes a la participación de la comunidad en la organización del servicio público de salud.

6. En diversas ocasiones la Corte se ha referido a los límites que se imponen al legislador a la hora de regular legalmente el servicio público de salud. Al respecto ha precisado que esos límites son de diversa categoría. Una primera limitación proviene de los mismos derechos fundamentales que se ven implicados en la prestación de ese servicio. Así por ejemplo, la jurisprudencia ha hecho ver como no sería constitucional una reglamentación que tolerara una inadecuada atención de las personas, de manera que constituyera una amenaza para su vida, su salud o su integridad personal, o que fuera discriminatoria por excluir algún sector de la población. Así pues, se ha puesto de presente que la naturaleza jurídica del derecho a la salud que, en ciertos casos es per se9 un derecho fundamental y en otros lo es por conexidad10, impone al legislador ciertos límites en el diseño legal de dicho sistema.

En segundo lugar, aparecen los límites que emanan de las disposiciones constitucionales que gobiernan la seguridad social en salud, recogidas en los artículos 48 y 49 superiores. Estas normas hablan de que la atención de la salud es un servicio público que debe prestarse con sujeción a los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”, y que los servicios de salud deben organizarse “en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.” En tal virtud, no sería posible el diseño de un régimen que no

permitiera desarrollar estos dictados constitucionales, como lo sería uno que no garantizara unos niveles mínimos de eficiencia técnico científica, que sólo llegara a un sector mínimo de la población o que no tolerara la participación comunitaria.

7. Ahora bien, dentro de la libertad que le asiste al legislador para regular la prestación del servicio de seguridad social en salud, la jurisprudencia vertida especialmente en la sentencias C-616 de 200111 y C-615 de 200212 también ha hecho ver cómo, sin que sea la única alternativa legislativa que se acomode a la Constitución, "en materia de prestación del servicio público de salud el legislador puede dar cabida a la actividad de los particulares dentro de un esquema de competencia y libertad de empresa, en el cual esta última libertad se definiría como el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tuvieran por objeto la prestación del referido servicio."13 Esta conclusión se deriva de lo reglado por el artículo 365 de la Constitución, que indica que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, y más específicamente del 49 ibidem, según el cual, "la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley".

Con base en la libertad descrita, es conocido que el legislador optó por un modelo de seguridad social en salud que permite la concurrencia del Estado y de los particulares en la prestación del correspondiente servicio público, dentro del esquema de libertad de empresa. Diversas normas de la Ley 100 de 1993 son explícitas en ese sentido, especialmente las contenidas en sus artículos 8°, referente a todo el sistema general de seguridad social, que lo define como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas establecido para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios14; el artículo 153, que al definir cuáles son las reglas rectoras del servicio público de salud expresa que los usuarios tienen libertad para escoger entre las distintas Entidades Promotoras de Salud y entre las Instituciones Prestadores de Servicios de Salud15, cuando "sea posible según las condiciones de oferta de servicios"16; y el artículo 154 según el cual el Estado debe intervenir el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata la misma Ley 100 de 1993 y en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política17.

8. La norma acusada parece introducir una limitación a ese modelo fijado por el legislador, pues claramente otorga una preferencia a una clase de empresas dentro de aquellas que concurren a la prestación del servicio público de salud: en efecto, ordena que para la administración de los recursos del régimen subsidiado se contrate preferencialmente con empresas promotoras de salud de carácter comunitario, como las empresas solidarias de salud. Se pregunta entonces la Corte si le era posible al legislador introducir esta restricción al modelo diseñado por él mismo, sin desconocer con ello el derecho a la igualdad y la libertad de empresa y competencia, como lo alega la demanda.

Una primera respuesta indicaría que si el Congreso tiene libertad para escoger entre un régimen de libre concurrencia económica en la prestación del servicio público de salud, o reservar esta actividad para el Estado optando por un sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público, también tiene facultades para restringir sin limitación alguna el alcance de la libertad de competencia en este terreno, señalando restricciones como la contenida en el aparte normativo acusado.

Contribuiría a esta conclusión la circunstancia de que la actividad a que se dedican las ARS consiste en la administración de recursos que han sido considerados de naturaleza pública, por lo cual el legislador tendría amplia libertad para determinar por qué tipo de entidades deben ser administrados. En efecto, en diversos pronunciamientos la Corte ha destacado el carácter público de los recursos que financian el régimen subsidiado18, y con base en esta consideración ha estimado, por ejemplo, que algunas normas que ordenaban a las ARS destinar un porcentaje mínimo de los recursos del subsidio para contratar con las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud no desconocían la libertad económica.19 En esas ocasiones se tuvo en cuenta que se trataba de normas que disponían o disponen sobre el destino de dineros públicos, con cargo a los cuales debe desarrollarse una responsabilidad que la ley ha confiado a las entidades territoriales del Estado, consideración con fundamento en la cual se estimó que las normas que limitaban la libertad de contratación de la ARS, obligándolas a destinar parte de los recursos públicos que administran a contratar los servicios de las IPS públicas, no desconocía la Constitución.

De esta manera, por tratarse de la administración de dineros públicos, podría estimarse que el legislador tiene muy amplia libertad para indicar qué tipo de entidades deben llevar a cabo la función y para establecer cualquier tipo de preferencias al respecto.

9. Además, los numerales primero y segundo del artículo 216 de la Ley 100, al establecer una preferencia respecto de las empresas promotoras de salud de carácter comunitario, consistente en posibilidad de adjudicarles directamente el contrato para la administración de los recursos del régimen subsidiado sin necesidad de participar en el concurso para la selección del contratista a que deben someterse las demás empresas dedicadas al mismo objeto que no tengan tal carácter comunitario, parecen desarrollar el mandato constitucional contenido en el artículo 49 superior, según el cual los servicios de salud deben organizarse "en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad" lo cual contribuiría a estimar que las normas acusadas implementan adecuadamente las normas fundamentales.

En efecto, la participación, en los términos de la Constitución, es una renovada concepción del sistema democrático según la cual los derechos políticos de los ciudadanos adquieren un nuevo significado, pues ahora no se limitan a la posibilidad de elegir y ser elegidos, sino que se extienden a otras formas de intervención en el control político y en la adopción de las decisiones que les conciernen. La democracia participativa tiene además un carácter y fuerza expansivos, lo cual significa que el principio democrático debe ampliarse progresivamente a nuevos ámbitos y hacerse cada vez más vigente, lo que exige la construcción de una nueva cultura que debe paulatinamente implementarse en la sociedad política.20

De esta manera, cuando el artículo 49 de la Carta habla de que la organización de los servicios de salud debe llevarse a cabo "con participación de la comunidad", se está refiriendo a que la comunidad debe encontrar cauces adecuados para intervenir tanto en el control de esta actividad, como en la toma de las decisiones relativas a la organización de los servicios de salud. Además, la norma consitucional parece indicar que también la comunidad debe ser elemento participante de esta organización, es decir intervenir para la prestación misma del servicio y la administración de sus recursos.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por “comunidad” para efectos de la participación en la organización de los servicios públicos de salud? ¿Qué sería lo comunitario para estos efectos? Tratándose de la prestación de un servicio público como el de salud, y de la administración de los recursos del mismo, asuntos que por su naturaleza requieren de cierta infraestructura técnico científica y económica, la referencia a que “la comunidad” participará en la organización de tales servicios no puede ser entendida como la simple presencia o intervención de grupos de ciudadanos no organizados que tomen parte en esa actividad. En tal virtud, tiene que tratarse de formas de organización económica comunitaria, que vinculen directamente a la sociedad civil para la prestación del servicio público de salud y para la administración de los recursos del sistema, es decir de empresas que sean de propiedad de los mismos usuarios.

Las formas de organización económica solidaria conformadas por redes de ciudadanos usuarios de los servicios que presta la misma organización, como lo son por ejemplo las cooperativas o las llamadas empresas solidarias de salud (ESS), encuentran un claro respaldo en la Constitución. En la Sentencia C- 948 de 200121 se hizo un recuento de las disposiciones superiores que se refieren y promueven este tipo de propiedad: el artículo 1° (la solidaridad como fundamento del Estado); el artículo 38 (derecho de asociación de los trabajadores); al artículo 51(formas asociativas de ejecución de programas de vivienda); el artículo 58 (protección y promoción de las formas asociativas y solidaria de propiedad); el artículo 60 (promoción del acceso a la propiedad y en particular de los trabajadores y las organizaciones solidarias en los procesos de privatización); el artículo 64 (obligación del Estado de promover el acceso a la propiedad de la tierra en forma individual y asociativa) y artículo 333 (obligación del Estado de fortalecer las organizaciones solidarias y promover el desarrollo empresarial). Este catalogo de normas, dijo el mismo fallo, patentiza la voluntad del Constituyente de promover y proteger esta clase de propiedad. Por lo anterior, el legislador tiene una obligación de promover y fortalecer las cooperativas y demás formas asociativas y solidarias de propiedad, pues se estima que son un sistema útil para lograr el desarrollo económico dentro de esquemas democráticos, y que contribuyen de manera equitativa a la distribución de la propiedad y del ingreso, y a la racionalización de la economía en favor de la comunidad, en especial de las clases populares.22

Al parecer de la Corte, la expresión contenida en el artículo 49 de la Constitución según la cual la organización de los servicios de salud debe llevarse a cabo “con participación de la comunidad” es otra manifestación de la intención del constituyente de promover las formas de propiedad asociativa y solidaria. Tal expresión quiere decir que, para la prestación de este servicio público, el legislador debe dar cabida y promover la participación de las fuerzas sociales organizadas en formas asociativas, identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas, humanistas y sin ánimo de lucro, como las cooperativas o las empresas solidarias de salud (ESS). 23

Con todo lo anterior puede concluirse que efectivamente los numerales 1° y 2° del artículo 216 bajo examen buscan una finalidad constitucional que consiste en desarrollar el mandato contenido en el artículo 49 superior, según el cual los servicios de salud deben organizarse “en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.”

Además, el propósito de desarrollar este postulado constitucional fue hecho explícito por el

legislador de 1993. En efecto, en los antecedentes de la Ley 100 se leen las siguientes expresiones, vertidas en la ponencia para primer debate en el Senado de la República:

“Los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia se complementan naturalmente con el de la participación social. El proyecto propone la participación activa de los usuarios en el control de los servicios. Llega a proponer su participación en novedosas formas organizacionales como las empresas solidarias de salud, que permitirían ampliar el poder de comando de las comunidades sobre los recursos públicos. Y propone una dirección plural del sistema de seguridad social en salud mediante un Gran Consejo Nacional en el cual participen en forma equitativa el gobierno, los actores sociales y los prestadores de servicios de salud.”24

10. Todo lo dicho llevaría a pensar que la preferencia establecida en las norma bajo examen tiene un soporte constitucional suficiente. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que cuando el legislador ha optado por un modelo de libre concurrencia para la prestación del servicio público de salud, encuentra limitada su libertad para restringirlo. La jurisprudencia de esta Corporación ha hecho ver que en este caso, sin que sea imposible establecer limitaciones al modelo a fin de obtener objetivos constitucionales, esas limitaciones no pueden ser tan intensas que en realidad lleguen a eliminar radicalmente el esquema de libertad de empresa; sobre el asunto, por ejemplo, se ha dicho:

“Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el limite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”25 (Negrillas fuera del original)

Y en el mismo sentido se ha expresado:

“Pero establecida por el legislador, conforme a una opción válida de acuerdo con la Constitución, la posibilidad de que a la prestación de un servicio público, como en este caso el de salud, acudan los particulares, es claro que para dicha participación deben garantizarse las condiciones propias de la libertad de empresa y de la libre competencia, sin que resulte admisible que en el ámbito estrechamente regulado de participación privada se permitan, o peor aún, se establezcan, situaciones que impliquen prácticas restrictivas de la competencia o se orienten a obstruir o a restringir la libertad económica.”26

11. Debe recordarse además, que los límites constitucionales a la facultad legislativa de restringir la libertad de empresa en una actividad económica librada a la concurrencia de los

particulares no tienen por objeto proteger únicamente los intereses privados. Esos límites se derivan de la naturaleza misma de la libertad de empresa y de competencia, y de su valor constitucional como fuentes del desarrollo y mecanismos para la consecución de intereses públicos:

“La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia.”27

De esta manera, el modelo de libertad de empresa en la prestación del servicio público de salud se adopta por cuanto se estima que es un adecuado cauce para lograr la realización de los principios de eficiencia y universalidad de la seguridad social a que se refiere el artículo 48 superior, por lo cual su limitación excesiva puede ir en contra del interés público implicado en esos principios constitucionales, que se satisface cuando a través del libre juego de oferta y demanda se logra una ampliación de los servicios y una mejora en la calidad de los mismos, en beneficio general de los usuarios.

En efecto, el legislador de 1993 también fue explicito cuando indicó que las razones por las cuales adoptaba el citado modelo obedecían a que estimaba que era una manera óptima para lograr la realización del principio constitucional de eficiencia del sistema de seguridad social en salud; dijo sobre el punto:

“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 prestadoras directas garantiza estas condiciones. Los sistema de pago por capitación a las entidades promotoras de la salud es una innovación fundamental para el logro de la eficiencia en su manejo. Y, además, las garantiza porque tienen 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 más posibilidad de elección libre por los usuarios, el principio constitucional d eficiencia se desarrolla a cabalidad.”28(Destaca la Corte)

Así las cosas, es necesario establecer si resulta desproporcionada la limitación a la libertad de competencia que establecen las normas bajo examen, según las cuales para la administración de los recursos del régimen subsidiado debe contratarse preferencialmente a las ARS de carácter comunitario, preferencia que consiste en que el respectivo contrato les sea adjudicado directamente sin necesidad del concurso a que si deben someterse las demás ARS interesadas.

Ponderación de principios constitucionales en materia de seguridad social en salud.

12. Para determinar la proporcionalidad de una medida legislativa, el juez constitucional debe ponderar los intereses y valores constitucionales implicados en la norma, a fin de determinar si la relación que se da entre ellos es de equilibrio. En el presente caso parece estar de por medio la necesidad de hacer efectivo el principio constitucional según el cual en la organización de los servicios de salud debe darse cabida a la participación comunitaria, necesidad que debe conciliarse con la de garantizar las condiciones propias de la libertad de competencia en la prestación de ese servicio público, según el modelo adoptado por el legislador. Por ello las preferencias tendientes a lograr la participación comunitaria no pueden ser de tal envergadura que en realidad impliquen prácticas que anulen u obstruyan totalmente la referida libertad, pues ello redundaría en la inoperancia del aludido modelo, acogido como fórmula para lograr la universalidad y eficacia de la cobertura de los servicios de salud.

Al parecer de la Corte, si bien el señalamiento de una preferencia para las ARS de carácter comunitario, como las empresas solidarias de salud, desarrolla claramente los postulados constitucionales que ordenan que los servicios de salud se organicen "con participación de la comunidad" (C.P art. 49), el alcance concreto de la preferencia otorgada por el legislador rebasa en este caso los límites de proporcionalidad, implicando una restricción excesiva al modelo de libre competencia. Es decir, el exceso no proviene de la preferencia en sí, sino de que ella consiste en que las ARS que no son de carácter comunitario no pueden acceder a la administración de los recursos del régimen subsidiado cuando en el respetivo departamento, distrito o municipio existan otras que si tienen tal carácter, pues entonces estas últimas serán preferidas sin ninguna consideración adicional y sin necesidad de participar en el concurso a que sí deben someterse las demás.

La preferencia que se da implica entonces la imposibilidad de realizar los principios de eficacia y universalidad del servicio público de salud, que también son de rango constitucional, pues sin tenerse en cuenta que las ARS no comunitarias pueden estar en condiciones tecnológicas y financieras de administrar los recursos del subsidio de mejor manera para la satisfacción del interés general, esta administración es entregada a las ARS no comunitarias por el simple hecho de ser tales. En efecto, si bien es cierto que el Decreto 1804 de 1999, que regula el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, establece requisitos para poder entrar a administrar los recursos de dicho régimen y para permanecer en dicha actividad, requisitos que se aplican por igual a todas las ARS, debe tenerse en cuenta que se trata de exigencias mínimas de idoneidad técnica y económica, por encima de las cuales hay entidades que pueden ofrecer mejores condiciones frente a otras, por lo cual su participación en el sistema redundaría naturalmente en la mejor prestación del servicio.29

Por lo anterior la Corte estima que para que la preferencia otorgada a las ARS de carácter comunitario permita la realización de los principios constitucionales de eficacia y de universalidad de las seguridad social en salud, que según la opción legislativa deben conseguirse a través del modelo económico de libertad de concurrencia, el privilegio no puede ser tal que impida tener en cuenta las mejores condiciones de oferta de servicios que hacen las distintas categorías de ARS. Por eso, estima que en todos los casos, todas las ARS

interesadas en administrar los recursos del régimen subsidiado deben participar en el concurso convocado por las direcciones seccionales o locales de salud para contratar dicha administración, y solamente cuando se presente una igualdad de condiciones entre las participantes debe preferirse a aquella de ellas que sea una ARS de carácter comunitario, como lo son las empresas solidarias de salud (ESS).

La interpretación de las disposiciones que se examinan según la cual sin necesidad de presentarse a concurso las ARS comunitarias tendría prelación para ser contratadas, conduciría a la posibilidad de que el derecho a la salud, que en muchos casos se presenta inescindiblemente ligado a ciertos derechos fundamentales como lo son la vida o la dignidad de las personas, y que de cualquier manera está asociado a la satisfacción de necesidades básicas del individuo, no fuera reconocido en las mejores condiciones científicas y técnicas al alcance de la sociedad, poniendo en peligro valores y principios como los aludidos, que resultan ser fundamentales en la concepción del Estado según la cláusula social.

Caso especial: las ARS comunitarias pertenecientes a las comunidades indígenas.

13. La Corte encuentra que la administración del Régimen Subsidiado de Salud en el caso de aquellas localidades donde la mayor parte de la población atendida a través de este régimen pertenece a comunidades indígenas es reglado por normas especiales, por lo cual este caso no cae bajo los supuestos de hecho que regula la norma ahora acusada. En efecto, los artículos 14 y 17 de la Ley 691 de 2001 “mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia” señalan que las autoridades de Pueblos Indígenas podrán crear Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), llamadas a administrar los recursos del régimen subsidiado para los pueblos indígenas, y que tratándose de estas comunidades cada una seleccionará libremente la ARS que deberá atender a los miembros de la comunidad. Dicen las referidas disposiciones:

“ARTÍCULO 14. ADMINISTRADORAS. Podrán administrar los subsidios de los Pueblos Indígenas, las Entidades autorizadas para el efecto, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Las autoridades de Pueblos Indígenas podrán crear Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), las cuales podrán en desarrollo de la presente ley:

a) Afiliar a indígenas y población en general beneficiarios del régimen subsidiado de Seguridad Social en Salud;

b) El número mínimo de afiliados con los que podrán operar las Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), será concertado entre el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y los Pueblos Indígenas teniendo en cuenta sus especiales condiciones de ubicación geográfica y número de habitantes indígenas en la región, de los cuales por lo menos el 60% deberá pertenecer a Pueblos Indígenas tradicionalmente reconocidos;

c) Disponer de un patrimonio mínimo equivalente al valor de ciento cincuenta (150) smlmv (salarios mínimos legales mensuales vigen tes) por cada cinco mil (5.000) subsidios administrados.

Para efectos del cálculo del capital mínimo a que se refiere el presente artículo, los bienes que se aporten en especie solamente se computarán hasta por un valor que en ningún caso

podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del capital mínimo exigido, los cuales serán tomados por el valor en libros.”30

“ARTÍCULO 17. ESCOGENCIA DE LA ADMINISTRADORA. Cada comunidad indígena, por el procedimiento que ella determine, y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionará la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado, a la cual deberá afiliarse o trasladarse la totalidad de los miembros de la respectiva comunidad.

“Cualquier hecho conducta manifiesta orientada a distorsionar la voluntad de la comunidad, para la afiliación o el traslado de que trata el presente artículo, invalidará el contrato respectivo y en este evento se contará con 45 días hábiles para el traslado.”31

Comentando el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, dijo la Corte en sede de tutela:

“Con dicha norma se acoge una modalidad de traslado colectivo al amparo de la concepción de “UNIDAD ETNICA”, pues los indígenas como sujetos colectivos que son, están sometidos a las decisiones que se adopten dentro de su comunidad por parte de las autoridades tradicionales y de la comunidad presente en la asamblea.

“De esta manera el reconocimiento de la existencia de una comunidad indígena con sus propias autoridades, normas y procedimientos por parte de los juzgadores de tutela, exige dar un tratamiento jurídico a la situación planteada desde esa perspectiva, pues ha de tenerse en cuenta que el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos.32

“Ello por cuanto se estima, que las decisiones adoptadas por las comunidades indígenas deben analizarse con criterio flexible que permita comprender en su misma dimensión, lo que supone el derecho colectivo y su fuerza vinculante y aparte de esto, debe tomar además en consideración la precariedad de ciertos presupuestos fácticos en el ejercicio de su jurisdicción especial, dado el derecho consuetudinario que usualmente poseen, la ausencia de prueba sobre la existencia de usos y costumbres, por lo que debe permitirse que sean las propias comunidades indígenas las que con el transcurso del tiempo vayan aprendiendo de sus propias experiencias y decantando sus propios procesos internos de decisión.”33

“Como puede apreciarse, compete a cada comunidad indígena decidir sobre la selección o el traslado de administradora de régimen subsidiado -ARS-mediante el procedimiento que ella establezca y en acta firmada por sus propias autoridades. Quiso el legislador que tal determinación afectara a todos los miembros de la comunidad, en procura de mantener o preservar su unidad étnica.

“En el mencionado pronunciamiento, la Corte también analizó el contenido normativo del artículo 17 de la Ley 691 de 2001 y señaló que la forma particular en que operan las comunidades indígenas llevó al legislador a disponer que fueran ellas mismas las que establecieran el procedimiento de escogencia de la ARS a la cual afiliarán sus miembros, pues son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud. Dijo la Corte:

“De nuevo, la Corte debe poner de presente, que el legislador ha tenido en cuenta las particularidades que tienen esas comunidades, entre ellas, la forma en que éstas deciden los

asuntos comunitarios y la potestad de que están investidas sus autoridades, la cual reconoce la Constitución (art. 330). Nótese que la norma, si bien se refiere a la decisión de cada comunidad indígena al respecto, dispone que ésta debe constar en acta suscrita por sus "autoridades propias", que en el caso de esos pueblos equivalen a autoridades administrativas. En otras palabras, la forma particular en que funcionan la mayoría de esas comunidades, requiere que sean ellas mismas las que establezcan el procedimiento de escogencia de la ARS´s a la que se afiliarán sus miembros, pues son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud. Además, la norma prevé que cualquier hecho o conducta que busque distorsionar la voluntad de la comunidad para dicha afiliación, invalidará el contrato respectivo. No ve la Corte, en que medida, tal decisión puede desconocer los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrados en el artículo 209 del ordenamiento superior. Por consiguiente, no es de recibo la objeción formulada respecto de esta disposición, que se declarará exequible".

"En consecuencia, queda establecido que el derecho de las comunidades indígenas a escoger en forma libre e independiente la institución que administrará los recursos del régimen subsidiado de salud, del cual son destinatarios, es trasunto de su autonomía y tiene por finalidad conservar su integridad y unidad socio-cultural". 34

Los artículos 14 y 17 de la Ley 691 de 2001 pretenden dar aplicación al Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., reunida en Ginebra en 1989, y aprobado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991.35 Como se recuerda, este Convenio pretende ser un instrumento de prevención de la discriminación respecto de minorías étnicas36, a la vez que una garantía de su derecho a la preservación de sus rasgos culturales.37 Las razones que llevaron a los Estados firmantes a adoptarlo tuvieron que ver con una evolución del Derecho Internacional que, pasado de una orientación hacia la asimilación de los pueblos indígenas y tribales a las culturas mayoritarias en que se encuentran insertados, evolucionó hacia el reconocimiento del derecho de tales pueblos a mantener su identidad cultural y a "asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida".38 Dentro del contexto de esta nueva axiología el Convenio 169 concede importancia especial al derecho de participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones que los afectan y a la promoción de la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones39.

Especial importancia tiene la Parte V del Convenio que se viene comentando, referente al tema de la seguridad social y salud de las comunidades indígenas. En este acápite se indica que los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna y, dentro de él, el artículo 25 indica literalmente lo siguiente:

"Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados

servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país."(Destaca la Corte)

Reitera entonces la Corte que la administración del régimen subsidiado de salud de las comunidades indígenas es regulado por normas especiales contenidas en la Ley 691 de 2001, distintas de la consagrada en el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, demandado en esta oportunidad.

Limitación de la cosa juzgada.

15. La Corte ha examinado el texto de los numerales 1° y 2° del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, estudiando su alcance normativo de cara a la acusación planteada en la demanda, referente a la violación del derecho a la igualdad y de las libertades económica y de empresa.

No obstante, algunos apartes de esas disposiciones no han sido estudiados, por cuanto su contenido regulador no toca con los cargos de la demanda. Por tal razón, los efectos de cosa juzgada de la presente decisión serán relativos únicamente a los cargos estudiados en esta Sentencia40.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E :

Primero: Declarar EXEQUIBLES los numerales 1° y 2° del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, condicionado a que se entienda que, en todos los casos, todas las administradoras del régimen subsidiado (ARS) interesadas en administrar los recursos del subsidio deben participar en el concurso convocado por las direcciones seccionales o locales de salud para contratar dicha administración, y que solamente cuando se presente una igualdad de

condiciones entre las participantes debe preferirse a aquella que sea una administradora de carácter comunitario, como lo son las empresas solidarias de salud.

Segundo. Los efectos de la presente decisión son relativos únicamente a los cargos esgrimidos en la demanda.

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

CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General

1 C-616/01, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

2 C-615/02, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy.

3 M.P Alejando Martínez Caballero

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia N° 55 de abril 25 de 1991 (M. P. Pablo Cáceres)

5 Cf. Ley 100 de 1993, artículos 157, 214 y siguientes.

6 Dice esa norma: "De las participación de las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar destinarán el 5 % de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en salud, salvo aquellas cajas que obtengan un cuociente superior al 100 % del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10 %. La aplicación de este cuociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990 y a partir del 15 de febrero de cada año.

Las Cajas de Compensación Familiar podrán administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen subsidiado de que trata el presente artículo. La Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

7 2. Las administradoras del régimen subsidiado deberán cumplir con los mismos requisitos de constitución que se aplican a las entidades promotoras de salud para el ramo del régimen contributivo. Para su permanencia deberán acreditar como mínimo un número de 200.000 personas afiliadas, a menos que sus gastos administrativos sean iguales o inferiores en tres (3) puntos al porcentaje que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud conforme al numeral anterior, evento en el cual podrán tener un número inferior, que en ningún caso podrá ser menor de 50.000 afiliados. De esta exigencia se excluirá a las Cajas de Compensación cuando afilien como límite los usuarios que les corresponda en función a los recursos que administran directamente, cifra que en todo caso no podrá ser inferior a 50 mil afiliados, incluyendo aquellos afiliados financiados con otras fuentes.

8 M.P Eduardo Montealegre Linett

9 La salud de los niños es per se un derecho fundamental, pues así lo dispone el artículo 44 superior; la jurisprudencia también lo estima así en el caso de las personas de la tercera

edad y de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Cf Sentencia C-615 de 2002

10 Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la dignidad e incluso al libre desarrollo de la personalidad. Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU.039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01.

11 M.P Rodrigo Escobar Gil

12 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

13 Sentencia C-615 de 2002. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

14 LEY 100 DE 1993 ARTICULO 8.- Conformación del Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley."

15 Para la administración del sistema de seguridad social en salud la Ley 100 de 1993 prevé la existencia de Entidades Promotoras de Salud (EPS), cuya responsabilidad fundamental es la afiliación de los usuarios y la prestación a sus afiliados del Plan Obligatorio de Salud (POS), y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que son entidades privadas, oficiales, mixtas, comunitarias o solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema, dentro de las EPS o fuera de ellas. (Ley 100 de 1993, art. 85)

16 LEY 100 DE 1993. ARTICULO 153. Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:...

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.

17 LEY 100 DE 1993 ARTICULO 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes

fines:

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

b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;

c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;

d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;

e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;

f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;

g) Evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes;

h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

PARAGRAFO. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al Gobierno Nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.

18 Ellos provienen del denominado Sistema General de Participaciones (antiguamente trasferencias y participación en los ingresos corrientes de la Nación), de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del fondo de solidaridad y garantía, así como aquellos que provengan del esfuerzo fiscal territorial y se destinen a esos efectos. Cf. Ley 715 de 2001 artículo 47 y Ley 100 de 1993, art. 219

19 Cf. Sentencias C-428 de 1997, C-015 de 1998, C-915 de 2002, M.P Álvaro Tafur Gálvis, C-331 de 2003.

20 Sobre la fuerza expansiva del principio democrático pueden consultarse entre otras las siguientes sentencias: C-1110 de 2002, C-497 de 1995, C-447 de 1995, T-637 de 2001, C-179 de 2002.

21 M.P Clara Inés Vargas

23 De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 454 de 1998 que regula las entidades cooperativas y de economía solidaria, se denomina economía solidaria al “sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales

organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía."

24 Ponencia para primer debate en le Senado al proyecto de ley N° 155 de 1992 Senado. Gaceta del congreso N° 130 del 14 de mayo de 1993. Pág. 7.

25 Sentencia C-615 de 2002. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

26 Sentencia C-616 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.

27 Sentencia C-616 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.

28 Ponencia para primer debate en le Senado al proyecto de ley N° 155 de 1992 Senado. Gaceta del congreso N° 130 del 14 de mayo de 1993. Pág. 7.

29 Recuérdese que este decreto exige que además de contar con autorización de la Superintendencia de Salud, las ARS cumplan los mismos

requisitos de constitución que se aplican a las entidades promotoras de salud

para el ramo del régimen contributivo. Para su permanencia deberán acreditar

como mínimo un número de 200.000 personas afiliadas, a menos que sus gastos

administrativos sean iguales o inferiores en tres (3) puntos al porcentaje que

defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud conforme al numeral

anterior, evento en el cual podrán tener un número inferior, que en ningún caso

podrá ser menor de 50.000 afiliados. De esta exigencia se excluirá a las Cajas

de Compensación cuando afilien como límite los usuarios que les corresponda en

función a los recursos que administran directamente, cifra que en todo caso no

podrá ser inferior a 50 mil afiliados, incluyendo aquellos afiliados

financiados con otras fuentes.

30 Recuérdese que en la sentencia C- 088 de 2001 la Corte estudió las objeciones presidenciales formuladas en contra del proyecto de Ley 67/99 Senado – 193/99 Cámara. Dicho proyecto, devino en la Ley 691 de 2001, mediante la cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud. Dentro del mencionado proyecto de ley, el artículo 14 establecía un régimen especial para la creación de Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud Indígenas, que podrían afiliar a la población indígena y a la general, como beneficiarios del régimen subsidiado. El literal c) del mismo artículo del proyecto disponía que el patrimonio mínimo debería equivaler a "ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales vigentes por cada cinco mil (5.000)

subsidios administrados.

En concepto del Gobierno Nacional, con ese proyecto de artículo se vulnerarían los artículos 48 y 209 de la Carta, pues era altamente probable que las especiales circunstancias económicas de operatividad allí consagradas, condujeran a que no se tuviera la solidez suficiente para brindar cobertura de servicios a todos los afiliados y poner en riesgo los recursos…

En su insistencia, el Congreso adujo que la norma constituía un desarrollo del artículo 25 del convenio 169 de la OIT, según el cual los servicios de salud deben organizarse en el nivel comunitario, planearse y administrarse en cooperación con las comunidades interesadas, y tener en consideración sus condiciones particulares así como "sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales".

El proyecto de artículo, en lo comentado, fue declarado exequible e incorporado luego en la Ley 691 de 2001.

31 Esta norma, que formaba parte del proyecto de ley 67 de 199 Senado, 193 de 1999 Cámara, fue objetada en su momento por el Gobierno Nacional. En concepto del Presidente de la República, el señalamiento del procedimiento previsto en esta norma para seleccionar la entidad administradora de los recursos de sistema subsidiado, a la cual deberán afiliarse los miembros de la comunidad, únicamente podía ser delegado en las autoridades administrativas y no, como lo disponía el precepto objetado, "en los beneficiarios del régimen subsidiado", como lo son las comunidades indígenas, pues ello desconocía los principios rectores de la función administrativa.

La Corte en la citada Sentencia C-088 de 2001 puso de presente que el legislador había tenido en cuenta las particularidades que tienen esas comunidades, entre ellas, la forma en que éstas deciden los asuntos comunitarios y la potestad de que están investidas sus autoridades, reconocida por la Constitución (art. 330). Además, hizo ver que la norma, si bien se refería a la decisión de cada comunidad indígena al respecto, disponía que ésta debía constar en acta suscrita por sus "autoridades propias", que en el caso de esos pueblos equivalen a autoridades administrativas. Es decir, recordó que la forma particular en que funcionan la mayoría de esas comunidades requiere que sean ellas mismas las que establezcan el procedimiento de escogencia de la ARS a la que se afiliarán sus miembros, pues son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud.

32 Sentencia T-01 de 1999.

33 Sentencia T-723 de 2003. M.P Alváro Tafur Galvis

34 Sentencia T-379 de 2003, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

35 En los antecedentes legislativos de la Ley 691, especialmente en la insistencia del Congreso tras la formulación de objeciones por parte del Presidente, se expresa esta intención de desarrollar las normas del mencionado Convenio de la OIT.

36 En este sentido en la parte considerativa del Acuerdo expresamente se dice que las partes han observado que "en muchas partes del mundo esos pueblos no puedan gozar de

los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión".

37 En este sentido la parte introductoria del Convenio señala que al mismo se ha llegado "reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estado s en que viven".

38 Cf. Sentencia C-620 de 2003. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

39 "En este sentido el artículo 2° del Convenio dice:

Artículo 2o.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

...

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;..."

40Ver, entre otras, C-527/94, C-055/94, C-318 de 1995, C-126 de 1998 y C-130 de 2000