



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PRÁCTICA JUDICIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PRÁCTICA JUDICIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PRÁCTICA JUDICIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico del Área Laboral

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

**PRÁCTICA JUDICIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN
SALUD**

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"**



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

ISBN

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2011

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: junio de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PRESENTACIÓN

El Módulo de Práctica Judicial en el Régimen General de Seguridad Social en Salud forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Francisco Escobar Henríquez, con la autoría del doctor **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Módulo de Práctica Judicial en el Régimen General de Seguridad Social en Salud que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quien con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. **Investigación Aplicada:** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.

2. **Plan de Formación:** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.

3. **Proyección Social de la Formación:** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un **aprendizaje activo** diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus

conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los "usuarios y usuarias" clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* "learning societies", *organizaciones que aprenden* "learning organizations", y *redes de aprendizaje* "learning networks"¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "lo público" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la "enseñanza dialogante" se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones

multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapas I. Preparatoria. *Reunión Preparatoria.* Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapas II. Integración a la Comunidad Judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes

mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapas III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca "aprender haciendo" de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorias* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los "conversatorios distritales" en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervinientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapas IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a

los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes

perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada del Área del Trabajo y de la Seguridad Social que la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social**.

TABLA DE CONTENIDO

CONVENCIONES

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL AREA DEL DERECHO DE TRABAJO

INTRODUCCIÓN

IV. OBJETIVOS

Objetivo general del Módulo

Objetivos específicos del Módulo

Unidad 1

ORGANIZACIÓN E INSTITUCIONES DEL SISTEMA

Objetivo general

Objetivos específicos

1.1 SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

1.1.1 PRINCIPIOS

- a) Equidad
- b) Obligatoriedad
- c) Protección integral
- d) Libre escogencia

- e) Autonomía de instituciones
- f) Descentralización administrativa
- g) Participación social
- h) Concertación
- i) Calidad

J) CONTINUIDAD

1.2 ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

1.3 INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

1.3.1 INSTITUCIONES DE DIRECCIÓN DEL SGSSS

- a) Ministerio de la Protección Social.
- b) Comisión de Regulación en Salud (CRES)
- c) Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.
- d) Entes Territoriales, Departamentos, Distritos, Municipios

⊗Competencias Departamentales

⊗Competencias Municipales

1.3.2 INSTITUCIONES DE ADMINISTRACIÓN DEL SGSSS

EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD (EPS)

COMITÉ TECNICO CIENTIFICO

1.3.3. INSTITUCIONES DE DE PRESTACION DEL SGSSS

a) INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD

- b) Empresas Sociales del Estado (ESE)

1.3.4. INSTITUCIONES DE FINANCIAMIENTO DEL SGSSS

a) Financiación de la subcuenta de compensación

b) Financiación de la subcuenta de solidaridad

c) Financiación de la subcuenta promoción de la salud

d) Financiación de la subcuenta de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito

1.3.5. INSTITUCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL SGSSS
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE
SALUD

INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS
INVIMA

1.4. OTROS ORGANISMOS DEL SGSSS

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

1.5. NORMAS INTERNACIONALES

MODO DE EMPLEO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

1.6. Decisiones sobre protección del derecho a la salud

**1.7. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE
SALUD EN COLOMBIA**

1.7.1. Constitución Política

1.7.2. Convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

1.7.3. Ley 100 de 1993 y normas que la reglamenta o complementan

1.7.4. Ley 1122 de 2007

1.7.5. Acuerdos del CNSSS o decisiones de la CRES

1.7.6. Ordenanzas departamentales y Acuerdos Municipales

1.7.7. Resoluciones

1.7.8. Circulares

1.8. AUTO EVALUACION

1.9. CASOS

1.10 JURISPRUDENCIA

1.10.1. Sentencia C- 408/94

M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Naturaleza Jurídica de la Seguridad Social

1.10.2. Sentencia C- 067 de 2003

M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

El Bloque de constitucionalidad concepto, origen, aplicación. Sentido lato *sensu*, y *strictu sensu*. Fuerza normativa.

1.10.3. Sentencia C-559/04

M.P. ALVARO TAFUR GALVIS

ALFREDO BELTRAN SIERRA

La rentabilidad financiera, debe interpretarse en armonía con los principios constitucionales de la seguridad social. Argumentos financieros no justifican negativa de prestación eficiente y oportuna a afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela. Las Empresas Sociales del Estado constituyen una nueva categoría de entidad administrativa descentralizada -Régimen jurídico -Régimen laboral de servidores. Principio de eficiencia, universalidad y solidaridad

1.10.4. Sentencia C-117 /08.

M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Concurrencia de facultades de inspección, vigilancia y control con facultades jurisdiccionales en la misma superintendencia.

1.10.5. Sentencia C-119 /08

M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, procedimiento, recurso de apelación competencia. Procedencia de la tutela.

1.10.6. Sentencia T- 267/06

M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Alcance de los principios de progresividad y continuidad en el servicio de salud. Régimen especial de seguridad social en salud para los docentes. Régimen de beneficiarios de servicios de salud. ACTO ADMINISTRATIVO. Viabilidad de la tutela a pesar de la existencia de otro medio de defensa. El régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Actividades pedagógicas

Autoevaluación

1.8. CASOS

UNIDAD DOS

Objetivo general

Objetivos específicos

2. AFILIACION

2.1. Afiliación al Régimen Contributivo

2.1.1. Financiación del régimen contributivo

2.1.2. Cotizaciones obligatorias

2.1.3. Pagos adicionales por planes complementarios

2.1.4. Pagos moderadores (cuotas moderadoras y copagos)

2.1.5. Cuotas de recuperación

2.1.6. INCAPACIDAD ECONOMICA

Reglas probatorias para establecer la capacidad económica

2.1.7. CUADRO RESUMEN

2.2. AFILIACIÓN AL RÉGIMEN SUBSIDIADO

2.2.1. Procedimiento de afiliación al régimen subsidiado

2.2.2. Traslado del régimen subsidiado al contributivo

2.2.3. El financiamiento del régimen subsidiado

2.3. PERSONAS VINCULADAS AL SISTEMA

2.4. DEBERES DE LOS AFILIADOS Y BENEFICIARIOS DEL SGSSS

2.5. DEBERES DE LOS EMPLEADORES

2.6. SANCIONES

2.7. MONTO DE COTIZACIONES EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

2.8. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN

2.9. COTIZACIONES EN INCAPACIDAD O LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10. PERÍODOS DE COTIZACIÓN PARA PROFESORES

2.11. COTIZACIÓN EN VACACIONES O PERMISOS REMUNERADOS

2.12. COTIZACIÓN EN SITUACIÓN DE HUELGA O SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

2.13. COTIZACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS CUANDO PRESTAN EL SERVICIO EN EL EXTERIOR

2.14. NOVEDADES RELACIONADAS CON LA AFILIACIÓN

2.14.1. Suspensión de la afiliación

2.14.2. Desafiliación y pérdida de la antigüedad.

2.15. PERÍODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN

2.16. MOVILIDAD EN EL SISTEMA

2.17. COBERTURA DE SERVICIOS Y PERIODO DE PROTECCIÓN LABORAL

2.18. CONTROLES ADICIONALES PARA EMPLEADORES

2.18.1. Empleadores De la construcción

2.18.2. Trabajadores de Transporte público

2.18.3. Empresas de Vigilancia privada, Cooperativas de vigilancia privada, empresas de transporte de valores y escuelas de capacitación

2.18.4. Empresas de servicios temporales.

JURISPRUDENCIA

2.19.1. Sentencia C-130/02

M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA

Libertad de configuración legislativa en sistema de seguridad social en salud. Régimen contributivo de seguridad social en salud. Definición, Afiliados obligatorios. Régimen subsidiado de seguridad social en salud. Personas más pobres y vulnerables y grupos familiares sin capacidad de cotizar. Beneficiarios. Participantes vinculados no constituyen un tercer régimen. Acceso en calidad de afiliados o no.

Existencia de un mínimo de servicios igual para todos. Principio de solidaridad en sistema general de seguridad social en salud.

2.19.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA LABORAL

Radicación 27145 07/1/06

M.P. CAMILO TARQUINO GALLEGU

Validez afiliación persona discapacitada

2.19.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA LABORAL

Radicación 31025 30/07/07

M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Dependencia económica beneficiarios

2.19.4. Sentencia T-120/99

M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento. Omisión de afiliación de trabajador y familiares por empleador.

2.19.5. Sentencia T-731/04

M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Obligación EPS de aceptar afiliación. Entidad promotora de salud y empresa de medicina prepagada. Funciones que desempeñan en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Contrato de medicina prepagada- prevalencia del interés superior del menor.

De la afiliación de la madre se desprende el derecho del recién nacido a recibir los servicios de salud incluidos en el POSS.

Procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de las empresas de medicina prepagada. La obligación de las empresas de medicina prepagada de verificar que sus beneficiarios se encuentren afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.19.7. Sentencia T-386/06

M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Trabajador independiente-Proceso de afiliación a EPS. Servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable

2.19.8. Sentencia T-024/08

M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

MULTIAFILIACION. Reglas a seguir.

Actividades pedagógicas

Autoevaluación

2.20. CASOS

UNIDAD TRES

Objetivo general

Objetivos específicos

3. 1. BENEFICIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL

3.2. BENEFICIOS ASISTENCIALES

3.2.1. Plan de Atención Básica, O, PLAN DE SALUD PÚBLICA DE INTERVENCIONES COLECTIVA

3.2.2. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS

3.2.3. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POSS

3.2.4. Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos

3.2.5. Atención inicial de urgencias

3.2.6. Cuadro resumen planes de beneficios

3.3. BENEFICIOS ADICIONALES

PLANES DE ATENCION COMPLEMENTARIOS EN SALUD PAS

PLANES DE ATENCION COMPLEMENTARIA EN SALUD

PLANES DE MEDICINA PREPAGADA, QUE SE REGIRAN POR LAS DISPOSICIONES ESPECIALES PREVISTAS EN SU REGIMEN GENERAL

POLIZAS DE SALUD QUE SE REGIRAN POR LAS DISPOSICIONES ESPECIALES PREVISTAS EN SU REGIMEN GENERAL

3.4. BENEFICIOS ECONOMICOS

3.4.1. Incapacidades

3.4.2. LICENCIA POR MATERNIDAD

3.4.3. LICENCIA POR PATERNIDAD

3.4.4. CUADRO RESUMEN LICENCIA MATERNIDAD Y PATERNIDAD

3.5. CANCELACION COSTO DE PROCEDIMIENTOS O MEDICAMENTOS ORDENADOS MEDIANTE TUTELA

3.6. Jurisprudencia

3.6.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA LABORAL.

Radicación: 24572 25/10/2005

M.P. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN - Se aplican las normas vigentes al momento en que se estructuró la Invalidez. Sin embargo, debe examinarse la situación en particular para determinar si con el anterior régimen hubiese tenido derecho a la pensión de invalidez. Se aplica principio de la condición más beneficiosa. Acuerdo 049 de 1990.

3.6.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA LABORAL

Radicación 26330 15 /05/06

M.P. EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

Prescripción

3.6.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA LABORAL

Radicación 25390 22/02/06

M.P. ISAURA VARGAS DIAZ

Dictamen Junta Regional de Calificación, no es pruebas absutantum actus.

3.6.4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL

Radicación 17607 06/05/02

M.P. FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ

Concepto de familia para la seguridad social, difiere al concepto en materia civil, hijo por trato.

Debe advertirse que posteriormente la Sala de Casación Laboral, fijo el criterio de quienes tienen la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes con base en lo señalado en la Ley **797 de 2003**, limitándolo a quienes ostentan vínculo de parentesco de acuerdo con la normatividad civil. (Sentencia 28786 de 2007, y sentencia 33481 de 29/07/08 M.P. ISaura Vargas Díaz). De otra parte la Corte Constitucional ha aceptado el tratamiento de padres de crianza como padres adoptivos (T- 495 de 1997), y posteriormente reconoció el subsidio familiar a un hijastro (T-586 de 1999). El Consejo de Estado sentencia 18836 de 2008, señaló que los hijos de crianza tienen derecho a reclamar perjuicios morales en los procesos de responsabilidad con fundamento en la relación especial afecto y protección.

3.6.5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA LABORAL

Radicación 15685 15/06/06

M. P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Repetición contra el Fosyga. Entrega de medicamento por fuera del POS

3.6.6. Sentencia T-581/07

M. P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Legitimidad agente oficioso. Línea jurisprudencial respecto a periodos mínimos de cotización. Derecho a la salud. Contenido. Criterios que se deben tener en cuenta para ser protegido por tutela.

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS. Prestación de servicios médicos sin cumplir periodo mínimos de cotización en casos de urgencia e incapacidad económica del usuario

-Normatividad y jurisprudencia constitucional sobre copagos y cuotas moderadoras

3.6.7. Copagos y cuotas de recuperación Sentencia T-039/08.

M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Protección constitucional frente al pago de copagos y cuotas de recuperación cuando con tal exigencia se desconozcan derechos fundamentales. El derecho a la salud y la seguridad social de los niños son fundamentales por mandato expreso de la constitución. Reiteración de jurisprudencia.

3.6.8. Procedimiento excluido del POS Sentencia T-004/08

M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Medico particular prescribió practica de cirugía y fue negada por la junta médica de la EPS a la cual se encuentra afiliada, por encontrarse excluido del plan de beneficios del pos y, presentar un carácter eminentemente estético. Aplicación excepcional del principio de confianza legítima frente a los requisitos de procedencia de inaplicación del régimen de limitaciones y exclusiones del pos.

3.6.9. Estabilidad reforzada de mujer embarazada Sentencia T-530/07

M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada-protección constitucional. Licencia de maternidad. Hace parte del mínimo vital. Procedencia excepcional de tutela para el pago. Deber de cotización durante periodo de gestación debe analizarse a la luz de cada embarazo. Pago por allanamiento a la mora por EPS. Término hasta de un año después del nacimiento del niño para reclamar por tutela.

Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación.

3.6.10. SENTENCIA T-760/08

M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

La salud como derecho fundamental. Bloque de constitucionalidad. Reiteración jurisprudencia circunstancias en las cuales procede la tutela.

Actividades pedagogicas

Autoevaluación

3.7. CASOS

GLOSARIO Y DICCIONARIO DE SIGLAS

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia C-174/09

Referencia: expediente D-7387

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º. (parcial) de la Ley 755 de 2002, "Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo".

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

CONVENCIONES

<i>O</i>	Objetivo general
<i>Oe</i>	Objetivos específicos
<i>Ap</i>	Actividades pedagógicas
<i>Ae</i>	Autoevaluación
<i>B</i>	Bibliografía
<i>J</i>	Jurisprudencia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL AREA DE DERECHO LABORAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Área de Derecho Laboral, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al Área de Derecho Laboral, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor (por favor escribir aquí el nombre del autor, el cargo y lugar donde se desempeña), quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el programa especializado del Área de Derecho Laboral.

El módulo Perspectivas del sistema general de seguridad social en salud, aplicación oralidad, que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Jueces, Juezas, Magistrados, Magistradas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor

de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Juezas y Jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, se complementó para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los

materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo se *orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los "usuarios" clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje "learning societies"*, *organizaciones que aprenden "learning organizations"*, y *redes de aprendizaje "learning networks"*.² Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro,

² *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "*lo público*" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la "enseñanza dialogante" se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 350 Magistrados, Magistradas, Juezas, Jueces, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Fase 1. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los

subgrupos de estudio con sus coordinadores, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Jueces, Juezas, Magistradas y Magistrados titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Especializada en el Área de Derecho Laboral. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en Área de Derecho Laboral, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

escujudcendoj@.ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Área de Derecho Laboral.

INTRODUCCIÓN

El presente módulo trata de la descripción del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que tiene carácter de servicio público, de derecho irrenunciable de toda persona de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política al disponer que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”, el cual puede ser prestado por el Estado de manera directa o bien a través de los particulares, gobernado por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad de conformidad con la Ley³.

El módulo ofrece una visión descriptiva del Sistema General de Seguridad Social en Salud, suficiente para su cabal comprensión.

Se diseñaron tres unidades: en la primera se desarrolla la organización e instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los principios, las instituciones de dirección, de administración, de prestación, de financiamiento y de inspección, vigilancia y control, además se mencionan otros organismos relacionados con el sistema, normatividad internacional, bloque de constitucionalidad, sentido lato sensu y stricto sensu, fuerza normativa, y modo de aplicación; en la segunda se examina la afiliación al régimen contributivo y al subsidiado, el financiamiento régimen contributivo, cotizaciones obligatorias, pagos moderadores, cuotas de recuperación, incapacidad de pago, reglas probatorias sobre la incapacidad de pago, personas vinculadas al sistema, deberes de los empleadores, afiliados y afiliadas y beneficiarios, sanciones, monto de las cotizaciones, periodos mínimos de cotización, movilidad en el sistema y novedades en la afiliación y pérdida de la antigüedad; y, en la tercera los beneficios: asistenciales y económicos, planes de atención, incapacidad y licencia por maternidad.

³ Sentencia C-463 de 2008

Cada unidad contiene inicialmente la descripción del sistema en la parte examinada, luego se presentan preguntas y casos como fórmula de autoevaluación, y se termina con decisiones judiciales relativas a los temas aludidos. Con los casos se profundiza en el conocimiento, se pone en práctica la teoría y se adquiere habilidades para resolver situaciones similares, y con la jurisprudencia se enfatiza en la descripción del sistema, y la manera como la judicatura ha resuelto determinadas controversias. Además, El módulo cuenta con hipervínculos que permite acceder de manera directa a las normas y sentencias mencionadas.

La **Ley 100 de 1993**, modificó el sistema de seguridad social en Colombia e implantó el denominado SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, compuesto por el Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud, Sistema General de Riesgos Profesionales y Servicios Sociales Complementarios.

La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.⁴

⁴ Preámbulo **Ley 100 de 1993**

El Sistema de Seguridad Social tiene como finalidad, unificar la normatividad, coordinar las entidades, y garantizar los derechos irrenunciables de la seguridad social, a todos los habitantes del territorio nacional.

Dentro de la clasificación, tradicional de los derechos humanos, se encuentra los de primera generación: civiles y políticos, los de segunda generación: económicos, sociales y culturales, y de tercera generación: denominados colectivos, derecho al medioambiente sano y derecho a la paz.

Puede afirmarse que la seguridad social, no corresponde a los elementos de los derechos fundamentales, por ser de orden asistencial que proviene de la existencia de una relación laboral, o de la simple participación en el cuerpo social,⁵ de tal manera que se le ubica dentro de los derechos de segunda generación, económicos, sociales y culturales. Sin embargo, la seguridad social tiene la connotación de fundamental como protección de los derechos fundamentales, por ejemplo la vida digna.

De manera particular la salud, fue considerada como fundamental cuando se encontraba en conexidad con un derecho de tal entidad, también para las personas con protección especial constitucional, asimismo los derechos reconocidos normativamente se consideran fundamentales, y por último en cuanto se afecte la dignidad de las personas.

La **Ley 100 de 1993**, al regular el principio de la Libre escogencia, estableció que 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

⁵ Sentencia C 408 de 1994

Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios (Artículo 153). De suerte que el usuario puede seleccionar la administradora y la prestadora del servicio de salud que mejor le parezca, fomentándose entre ellas una competencia por prestar mejores servicios para captar la atención de los usuarios.

Sin bien la Ley les confirió a las administradoras también a posibilidad de prestar servicios de salud, con el propósito de evitar el monopolio, (integración vertical), la **Ley 1122 de 2007** (artículo 15), estableció que las administradoras solo podrían contratar hasta un 30% de los servicios con sus propias prestadoras.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó las relaciones entre los usuarios, las administradoras, y las entidades prestadoras de servicios, e igualmente influyo en las relaciones laborales con los profesionales de la salud. Si con anterioridad se tenía el concepto de la profesión liberal de la medicina, con el sistema es modificada, pues en su mayoría se convierten en subordinados.

De otra parte se pasó de un modelo de servicios de oferta a servicios de demanda, quedando solo los primeros para la prestación de los servicios a la población pobre y vulnerable (antes vinculados).

Debe enfatizarse que la participación de los particulares en el sistema, no puede menoscabar el carácter de servicio público esencial del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁶ y de derecho irrenunciable de los ciudadanos. Así como la obligación del Estado de prestar a todos los habitantes del territorio la atención en salud.

⁶ Artículo 4º Ley 100 de 1993: DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley.

En este orden la judicatura tiene gran responsabilidad, en el desarrollo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la protección del derecho a la salud, como derecho fundamental, garantía de vida digna, y la regulación equitativa y justa entre los operadores del sistema.

I. SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA, abogado, especializado en Derecho Laboral y Relaciones Industriales.

Ha desempeñado los cargos de Juez Laboral del Circuito de Girardot y Bogotá, Secretario de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Auxiliar de Magistrado Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en la actualidad se desempeña como Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Forma Parte de la Red de Formadores de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, ha participado como docente en diferentes programas del Área de Derecho Laboral, y a nivel internacional en la Escuela Nacional de la Judicatura de Republica Dominicana, en el curso Virtual Sobre el Sistema Dominicano de Seguridad Social, y es miembro de la comisión para la implementación de la oralidad laboral.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

II. JUSTIFICACIÓN

La inminente y necesaria puesta en práctica de la oralidad, con base en la Ley 1149 de 2007 y el crecimiento desbordado de los conflictos relacionados con el Sistema Integral de Seguridad Social y, principalmente, con el Sistema General de Seguridad Social en Salud; la “constitucionalización” de estos temas; la aplicación de los principios del derecho procesal laboral, la necesidad de que el juez asuma la dirección del proceso, la búsqueda reiterada de soluciones a través de la acción de tutela, son circunstancias todas que hacen imperiosa un módulo de formación y actualización para los/las funcionarios/as judiciales en ese aspecto.

Igualmente, los continuos cambios normativos y jurisprudenciales de las Altas Cortes (Corte Constitucional y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), en torno a los principales temas del Derecho Laboral y del Derecho de la Seguridad Social dificultan, en veces, la pronta administración de justicia de la Jurisdicción ordinaria en su Especialidad Laboral y de la Seguridad Social, de manera que nuestro trabajo debe encaminarse a ayudarles a dilucidar tales dificultades.

Se menciona de manera especial la exigencia de examinar el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la protección del derecho a la salud.

Lo anterior unido a la novedad de que el juez laboral tenga en audiencia pública que adoptar las decisiones, por esto la función de los Jueces, Juezas y Magistrados, Magistradas adquiere mayores dimensiones y niveles de exigencia que ameritan que se les brinde un mayor soporte, involucrándolos en este proceso de aprendizaje dentro de la perspectiva constructivista propuesta por la EJRLB, que va a permitirles discutir y asimilar, en forma colectiva, nuevas teorías y conceptos acordes con las necesidades y

tendencias del país, por ejemplo, frente a los Tratados de Libre Comercio, al igual que manejar las líneas jurisprudenciales que optimicen su tarea como operadores jurídicos y los lleven a cumplir los *principios de acceso a la justicia, celeridad, autonomía y eficiencia*.

IV. OBJETIVOS

O	Objetivos generales del Módulo • Presentar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el ánimo de desarrollar la comprensión en los funcionarios judiciales por los temas de salud, buscando que los conflictos, sometidos a su consideración, se desarrollen bajo un riguroso análisis y se garantice así el cumplimiento de los derechos fundamentales. • Proporcionar información normativa, tanto nacional como internacional, y jurisprudencia actualizada sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para fortalecer las bases sobre las cuales se formularán y ejecutaran decisiones judiciales en torno al tema.

Oe	Objetivos específicos del Módulo • Examinar las instituciones que conforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y sus funciones. • Identificar los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. • Profundizar los conocimientos con relación a la afiliación, suspensión, interrupción, desafiliación del sistema y pérdida de la antigüedad. • Verificar los diferentes planes de beneficios del sistema general de seguridad y prestaciones. • Examinar la procedencia de la acción de tutela en asuntos relacionados con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. • Revisar la normatividad internacional relacionada con el sistema general de seguridad social en salud y el denominado bloque de constitucionalidad.



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Unidad 1

ORGANIZACIÓN E INSTITUCIONES DEL SISTEMA

O	Objetivo general Proporcionar al discente y la discente, información teórica actualizada sobre la organización e instituciones que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, funciones y principios, con el fin de fortalecer las bases desde las cuales se formularán y ejecutarán decisiones dirigidas a los operadores y operadoras del sistema.
Oe	Objetivos específicos • Diferenciar la organización y las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud. • Identificar los principios y reglas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. • Conocer la normatividad internacional relacionada con el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el denominado bloque de constitucionalidad. • Reflexionar sobre los derechos fundamentales aplicables al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1.1 SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

El Artículo 49 **Constitución Política**, preceptúa que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La promoción de la salud corresponde a la política del Estado encaminada a crear hábitos saludables en los ciudadanos. El **Decreto 1891 de 1994** por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 2-4, 10, 21 y 22 de la **Ley 60 de 1993**, en su artículo segundo la define como “la integración de las acciones que realizan la población, los servicios de salud, las autoridades sanitarias y los sectores sociales y productivos con el objeto de garantizar, más allá de la ausencia de enfermedad, mejores condiciones de salud físicas y psíquicas de los individuos y las colectividades. La promoción de la salud, de acuerdo con su objeto, tiene acciones de fomento de la salud y la prevención de la enfermedad. De acuerdo con sus modalidades y población objetiva, hacen parte de la promoción de la salud las acciones de salud pública y de servicios básicos”.

Por prevención de la enfermedad se estima el conjunto de acciones que tienen por fin la identificación, control o reducción de los factores de riesgo biológicos, del ambiente y del comportamiento, para evitar que la enfermedad aparezca, se prolongue, ocasione daños mayores o genere secuelas evitables.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo,

establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley.

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

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

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

En virtud del mandato anterior el legislador precisó que los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención⁷.

Y, definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos que tienen como función esencial velar porque los habitantes del territorio nacional obtengan: el aseguramiento de sus riesgos en salud; el acceso equitativo a un paquete mínimo de servicios de salud de calidad, y los beneficios de la promoción y protección de la salud pública. En el desarrollo de este servicio público deberán adelantarse actividades de fomento de la salud, prevención, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

⁷ Artículo 152 de la Ley 100 de 1993

1.1.1 PRINCIPIOS

Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, constituyen reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes:

- a) **Equidad.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.
- b) **Obligatoriedad.** La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.
- c) **Protección integral.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.
- d) **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 acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley. [Ley 100 de 1993]

e) Autonomía de instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley. [Ley 100 de 1993]

f) Descentralización administrativa. La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

g) Participación social. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público.

h) Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los Consejos Nacional, departamentales, distritales y municipales de Seguridad Social en Salud.

i) Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral,

continúa y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

j) Continuidad: La noción de continuidad es particularmente importante en la jurisprudencia constitucional, ya que la Corte Constitucional a través de reiteradas sentencias, considera que tanto las entidades estatales como los particulares, que prestan los servicios de salud, deben actuar de manera que no comprometan la continuidad en la prestación del servicio, y en consecuencia su eficacia. No basta entonces garantizar las prestaciones, sino que el sistema debe disponer de lo necesario para garantizar la continuidad de las mismas, hasta la recuperación efectiva de la salud (**Sentencia T-702 de 1998**).

La Corte Constitucional, en sentencia **SU-562 de 1999**, al analizar el caso del derecho a la salud de un trabajador cuyo contrato de trabajo ha sido suspendido, señala que el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado, ni siquiera, cuando se incurre en mora en el pago de los aportes.

En sentencia **T-060 de 1997**, la Corte sostuvo que acorde con lo consagrado en el art. 49 de la Constitución Nacional, la salud es un servicio público a cargo de la entidad responsable del afiliado, por lo tanto, no puede interrumpirse su prestación por su carácter inherente a la existencia misma del ser humano y del respeto a su dignidad.

En Sentencia **T-406 de 1993**, la Corte consideró que en virtud del principio de continuidad del servicio público de salud, una EPS no puede suspender la atención médica a sus

afiliados y beneficiarios por el hecho de que la persona obligada a entregar los aportes no haya cumplido con su deber de pagar los aportes en forma oportuna al Sistema.

En sentencia **C-800 de 2003**, sostuvo que con base en el principio de continuidad del servicio público de salud y en la distinción que existe entre la relación de la EPS con el empleador y la relación de la EPS con el empleado, se debe garantizar la continuidad del servicio médico específico (tratamiento o medicamento) que sea necesario para proteger principalmente los derechos a la vida y a la integridad de la persona. La protección efectiva de estos derechos fundamentales lleva al juez de tutela a impedir que por controversias de índole contractual, económico o administrativo, se permita a una entidad incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.

Por lo anterior, cualquier tipo de afectación del derecho a acceder a los servicios de salud de una persona, debe ser producto de un debido proceso básico. Por esta razón, una vez la EPS constituya en mora al empleador incumplido, deberá notificar este hecho a los respectivos afiliados para que conozcan la situación y las consecuencias jurídicas que podría acarrear, de tal suerte que puedan colaborar con los órganos del Sistema de Salud encargados de corregir esta irregularidad.

Forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, todas las personas y entidades públicas, privadas o de cualquier naturaleza, que adelanten actividades de aseguramiento de riesgos de salud, prestación de servicios de salud, y promoción y protección de la salud pública bajo cualquier modalidad, como también, en lo pertinente, entidades de otros sectores que realizan procesos y actividades similares a las descritas, o conexas con estas, como son entre otras la promoción y protección de los riesgos derivados del trabajo y el medio ambiente, la formación del recurso humano para el sector, la

investigación en salud y políticas de salud, y la vigilancia y el control sobre la importación, comercialización, producción y distribución de insumos y tecnología para el sector⁸

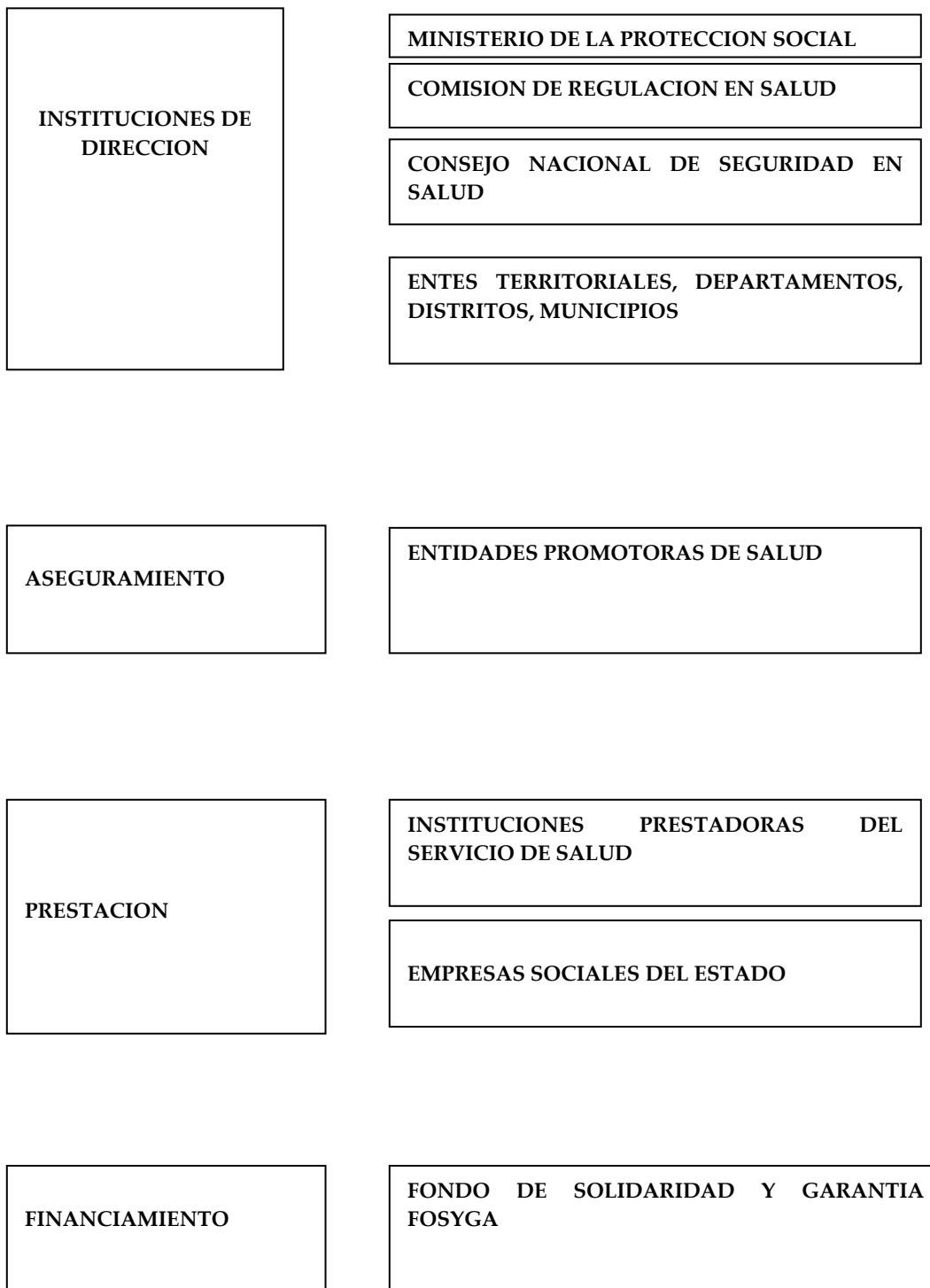
1.2 ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

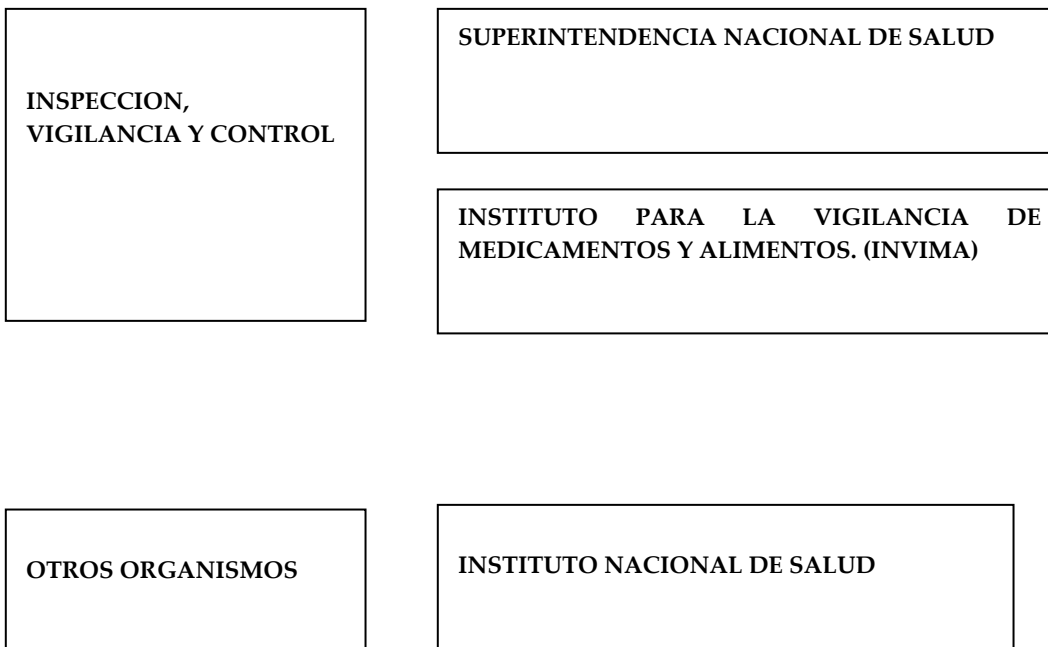
El Sistema General de Seguridad Social en Salud comprende el sector público y el sector privado.

Trataremos la organización desde las actividades que cumplen las diferentes Instituciones que conforman el sistema.

⁸ Artículo 1 Decreto 1152 de 1999, derogado por el Decreto 205 de 2003

1.3 INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD





1.3.1 INSTITUCIONES DE DIRECCIÓN DEL SGSSS

a) Ministerio de la Protección Social.

El Artículo 155 de la **Ley 100 de 1993** señaló como organismos de Dirección, Vigilancia y Control, a los Ministerios de Salud y Trabajo, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y a la Superintendencia Nacional en Salud;

Posteriormente, el **Decreto 1152 de 29 de junio 1999**, reestructuró el Ministerio de Salud, como ORGANISMO DE DIRECCIÓN del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en su artículo 2o definió la conformación en el nivel nacional a través del Ministerio de salud y sus organismos adscritos o vinculados: Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Superintendencia Nacional de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,

Instituto Nacional de Salud, Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima, Instituto Nacional de Cancerología, Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, Sanatorios de Agua de Dios y Contratación. Otra empresa vinculada al Ministerio de la protección Social fue la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A., Ecosalud.

Y, luego el Congreso de la República, mediante **Ley 790 de 2002**, dispuso la fusión del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, y creó el denominado Ministerio de la Protección Social.

En consecuencia, las disposiciones constitucionales o legales, en donde se aluda al extinguido Ministerio de Salud, o al de Trabajo deben entenderse referidas, al Ministerio de la Protección Social.

El Ministerio de Protección Social, fue regulado por el **Decreto 205 de 2003**, el cual señalo entre sus objetivos primordiales la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del Sistema de la Protección Social, establecido en la **Ley 789 de 2002**, y constituyo el sistema de protección social como “el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a la salud, la pensión y al trabajo”

Dentro de estructura interna del Ministerio de la Protección Social, se estableció el viceministerio de salud y bienestar, el cual a su vez posee tres direcciones generales, de promoción social, de salud pública y de riesgos profesionales; entidades que cumplen y desarrollan el objeto del ministerio.

b) Comisión de Regulación en Salud (CRES)

La **Ley 1122 de 2007** en su artículo 3, crea la Comisión de Regulación en Salud, como herramienta para perfeccionar el mecanismo de regulación adoptado en la **Ley 100 de 1993**. Esta comisión actuará como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Protección Social.

A la Comisión de Regulación en Salud le corresponde cumplir las siguientes funciones:

- Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.
- Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados y afiliadas según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
- Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente Ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.
- Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.
- Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la **Ley 100 de 1993**.
- Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.

- Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.
- Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.
- Recomendar proyectos de Ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.
- Adoptar su propio reglamento.
- Las demás que le sean asignadas por Ley.

c) Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud fue creado por La **Ley 100 de 1993** en su artículo 174 como un organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de carácter permanente, adscrito al Ministerio de Salud.

Con la reforma introducida por la **Ley 1122 de 2007** se le asigna carácter de asesor y consultor del Ministerio de Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud, cuyas funciones serían reglamentadas por el citado Ministerio.

Antes de la reforma, cumplía parte de las funciones que le fueron asignadas a la Comisión de Regulación en Salud (CRES).

d) Entes Territoriales, Departamentos, Distritos, Municipios

El artículo 174 de la **Ley 100 de 1993**, define los alcances de las funciones de dirección de los entes territoriales, departamentos y municipios, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para lo cual preceptúa que “corresponde a los departamentos, distritos y municipios, funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas, por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda..... El Sistema General de Seguridad Social en Salud que crea esta Ley amplía la órbita de competencia de los sistemas de dirección en salud de los departamentos, distritos y municipios para garantizar la función social del estado en la adecuada prestación y ampliación de coberturas de los servicios de salud”

Así mismo, la **Ley 715 de 2001**, sobre el sistema general de participaciones, define las competencias de dirección del sistema de salud a cargo de departamentos, distritos y municipios así:

- **Competencias Departamentales**

- Formular planes, programas y proyectos para el desarrollo del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en armonía con las disposiciones del orden nacional.
- Adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar, en el ámbito departamental las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que formule y expida la Nación o en armonía con éstas.
- Prestar asistencia técnica y asesoría a los municipios e instituciones públicas que prestan servicios de salud, en su jurisdicción.
- Supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud.

- Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.
- Adoptar, implementar, administrar y coordinar la operación en su territorio del sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.
- Promover la participación social y la promoción del ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud.
- Financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica y vigilar la correcta utilización de los recursos.
- Promover planes, programas, estrategias y proyectos en salud para su inclusión en los planes y programas nacionales.
- Ejecutar las acciones inherentes a la atención en salud de las personas declaradas por vía judicial como inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, con los recursos nacionales de destinación específica que para tal efecto transfiera la Nación.

- **Competencias Municipales**

- Formular, ejecutar y evaluar planes, programas y proyectos en salud, en armonía con las políticas y disposiciones del orden nacional y departamental.
- Gestionar el recaudo, flujo y ejecución de los recursos con destinación específica para salud del municipio, y administrar los recursos del Fondo Local de Salud.
- Gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción.

- Impulsar mecanismos para la adecuada participación social y el ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud.
- Adoptar, administrar e implementar el sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.
- Promover planes, programas, estrategias y proyectos en salud y seguridad social en salud para su inclusión en los planes y programas departamentales y nacionales.

1.3.2 INSTITUCIONES DE ADMINISTRACIÓN DEL SGSSS

EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD (EPS)

Son entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y afiliadas y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y garantía FOSYGA. Se distinguen las Empresas Promotoras de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

La administración del sistema de salud lo asumen las denominadas Empresas Promotoras de Salud, las cuales son las responsables en cada régimen de cumplir con las funciones del aseguramiento.

El artículo 14 de la **Ley 1122 de 2007**, define el aseguramiento como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Así mismo determina el mismo artículo, que las entidades que administraban el

régimen subsidiado (ARS) se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS), las cuales cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señalen los reglamentos.

La función básica de las EPS del régimen contributivo es organizar y garantizar, directa⁹ o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y afiliadas y girar, dentro de los términos previstos en la Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y afiliadas y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Las EPS del Régimen Contributivo tendrán las siguientes funciones:

- Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.
- Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y afiliadas y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.
- Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y afiliadas y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.

⁹ Sentencia C-616/01

- Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
- Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Las EPS deberán ofrecer a sus afiliados y afiliadas varias alternativas de instituciones prestadoras de servicios de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida. Las Entidades Promotoras de Salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados y afiliadas, a través de empresas, agremiaciones o asociaciones, o por asentamientos geográficos. (Art. 179 parágrafo. **Ley 100 de 1993**)

Las EPS del Régimen Subsidiado les corresponde como función primordial el aseguramiento, toda vez que las otras actividades son llevadas a cabo por los entes territoriales.

COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO

Las administradoras deberán integrar un Comité Técnico Científico, cuya función inicialmente era aprobar medicamentos no establecidos en el POS, pero como consecuencia de la **Sentencia C-463 de 2008**, tendrán también que pronunciarse sobre todos los requerimientos del médico tratante respecto de prestaciones de salud No-POS cualquiera sea su naturaleza y denominación (procedimientos, elementos y medicamentos).

Se planten muchas inquietudes, en razón del origen del comité, la oportunidad de sus reuniones, y su eficiencia para satisfacer el derecho a la salud.

Dicho comité, entre otras disposiciones, se encuentra regulado por la **Resolución 5061 de 1997**, modificada por la Resolución 2312 de 1998, Resolución 2933 de 2006, y la última **Resolución 3099 de 2008**, que regula su funcionamiento y procura adaptar lo decidido en la **Sentencia C-463 de 2008**. La citada resolución ha sido objeto de varios reparos sobre la manera como regula el funcionamiento del comité y su constitucionalidad. Con posterioridad a la decisión judicial mencionada se produjo la **Sentencia T-760 de 2008**, que reitera la obligación de acudir al Comité Técnico Científico, por lo que se espera nueva reglamentación.

1.3.3. INSTITUCIONES DE PRESTACIÓN DEL SGSSS

a) Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud

La prestación de servicios de salud en el territorio colombiano es asumida por las instituciones prestadoras de estos servicios, las cuales son definidas como entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados y afiliadas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas (artículo 156 numeral i, **Ley 100 de 1993**)

Posteriormente el **Decreto 2753 de 1997**, definió las instituciones prestadoras del servicios de salud, pero fue derogado por el **Decreto 2309 de 2002**, por el cual se define el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En el año 2006, el gobierno nacional expide el **Decreto 1011**, por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, define y establece las responsabilidades de los prestadores de servicios de salud.

El artículo 25 de la **Ley 1122 de 2007**, con el fin de regular la prestación de los servicios de salud, preceptúa que el Ministerio de la Protección Social definirá los requisitos y el procedimiento para la habilitación de nuevas Instituciones prestadoras de servicios de salud, teniendo en cuenta criterios poblacionales, epidemiológicos, financieros, socioeconómicos y condiciones del mercado. Toda nueva Institución Prestadora de Servicios de Salud, deberá ser habilitada en forma previa al inicio de actividades, ante el Ministerio de la Protección Social. El Ministerio podrá delegar la habilitación en las entidades territoriales.

b) Empresas Sociales del Estado (ESE)

Otro grupo importante de Instituciones prestadoras de servicios de salud lo conforman las Empresas Sociales del Estado (ESE). Son entidades a través de las cuales la nación y los entes territoriales realizan la prestación de los servicios de salud, de forma directa.

Las Empresas Sociales del Estado son entidades prestadoras de servicios de salud descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía jurídica, administrativa y financiera creada por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Los artículos 195, 196 y 197 de la **Ley 100 de 1993**, regulan aspectos de las Empresas Sociales del Estado en lo concerniente al régimen jurídico y transformaciones.

El **Decreto 1876 de 1994** (aclarado mediante **Decreto 1621/95**), reitera la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, señala su objeto, principios básicos, organización, composición de Juntas Directivas, régimen jurídico y reglas de vigilancia y control.

1.3.4. INSTITUCIONES DE FINANCIAMIENTO DEL SGSSS

El artículo 156 de la **Ley 100 de 1993** creó el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA el cual tiene por objeto, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud; cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en la Ley. Este fondo se estableció como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud la cual se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia.

El Fondo tiene las siguientes subcuentas independientes:

- a) De compensación interna del régimen contributivo;
- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;
- c) De promoción de la salud;
- d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

La **Ley 100 de 1993**, y el **Decreto 1283 de 1996** reglamentan el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Igualmente se han expedido otras normas para regular aspectos relacionados con la financiación de cada subcuenta.

- a) Financiación de la subcuenta de compensación

Esta subcuenta tiene por objeto permitir el proceso de compensación interna entre las entidades promotoras de salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las EPS por delegación del FOSYGA reciben el dinero de las afiliaciones, del cual descuentan el monto que les corresponde por las unidades de pago por capitación de acuerdo con el número de usuarios; cuando se presenten excedentes de dinero deberán remitirlo a la subcuenta de compensación, en caso contrario, es decir, que no sea suficiente el dinero recaudado, el sistema les girará el faltante de la subcuenta de compensación.

El Decreto 1013 de 1998, reglamentó el funcionamiento de la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, posteriormente fue derogado por el **Decreto 1755 de 2002** y este derogado por el **Decreto 2451 de 2002**. Por último el **Decreto 2280 de 2004**, reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

b) Financiación de la subcuenta de solidaridad

Para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados y afiliadas según las normas del régimen subsidiado, la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía contará con los siguientes recursos:

- Uno punto cinco de la cotización del régimen contributivo y de los regímenes especiales y de excepción;
- El Gobierno Nacional aportará un monto por lo menos igual en pesos constantes más un punto anual adicional a lo aprobado en el presupuesto de la vigencia del año 2007.

En todo caso el Gobierno Nacional garantizará los recursos necesarios para cumplir con el proceso de universalización de la población de Sisbén I, II y III.

- El monto de las cajas de compensación familiar de que trata el artículo 217 de la **Ley 100 de 1993**.

c) Financiación de la subcuenta de promoción de la salud

La subcuenta de promoción de la salud, como lo establece el **Decreto 1283 de 1996**, tiene por objeto financiar las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, de acuerdo con las prioridades que al efecto defina el Gobierno Nacional.

La subcuenta de promoción de la salud se financiará con un porcentaje de la cotización, definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que en ningún caso podrá ser superior a un punto de la cotización de los afiliados y afiliadas al régimen contributivo.

Adicionalmente, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, podrá destinar a esta subcuenta, parte de los recursos que recauden las entidades promotoras de salud por concepto de pagos moderadores.

El artículo 27 del **Decreto 1283 de 1996**, se refiere a los recursos especiales, y provenientes del impuesto social a las municiones y explosivos, los cuales ingresarán a la subcuenta de promoción de salud y se destinarán a la financiación de campañas de prevención de la violencia y de promoción de la convivencia pacífica, a nivel nacional y territorial. Este impuesto es recaudado por INDUMIL y deberá girarse al FOSYGA, dentro de los primeros quince días calendario de cada mes.

Para la financiación de las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá el porcentaje del total de los recaudos por cotización.

Las funciones anteriores relacionadas con el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, deben armonizarse con la reforma introducida por la **Ley 1122 de 2007**, que creó la Comisión de Regulación de la Salud, ya que el mencionado Consejo fue convertido en un organismo asesor del Ministerio de la Protección Social.

d) Financiación de la subcuenta de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito.

La subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, contará con los siguientes recursos, según lo contemplado en el artículo 11 del **Decreto 3990 de 2007**:

- Los recursos del FONDO DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRANSITO "FONSAT" creado por el **Decreto-Ley 1032 de 1991**, constituidos por las transferencias efectuadas por las entidades aseguradoras autorizadas para operar el ramo de seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidente de tránsito; aportes y donaciones en dinero o en especie de personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras; los rendimientos de sus inversiones y los demás que reciba a cualquier título.
- Una contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el seguro obligatorio de accidentes de tránsito.
- Los recursos que se obtengan como consecuencia de los procesos de repetición que adelante el Fosyga, derivados del incumplimiento de la obligación del propietario del

vehículo automotor de adquirir el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, Soat.

1.3.5. INSTITUCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL SGSSS

Las funciones de inspección, vigilancia y control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud fueron reguladas por la reforma introducida por la **Ley 1122 de 2007**. El Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, el Instituto Nacional de Salud, INS, las entidades territoriales y los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, eran las entidades u organismos que ejercían las acciones de inspección, vigilancia y control del sistema.

La Ley **Ley 1122 de 2007**, fortalece de manera importante el sistema de inspección, vigilancia y control, y atribuye en la Superintendencia Nacional de Salud, el mayor número de acciones tendientes al logro de los objetivos estatales en este tema.

a) Superintendencia Nacional de Salud

Define la Ley **Ley 1122 de 2007**, las actividades de inspección, vigilancia y control así:

Inspección: Es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia. Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el

seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

Vigilancia: Consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

Control: Consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.¹⁰

Así mismo la Ley establece como ejes sobre los cuales debe cumplir la labor de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud, los siguientes: financiamiento, aseguramiento, prestación de servicios de atención en salud pública, atención al usuario y participación social, información, focalización de los subsidios en salud.

También, la Ley le confiere facultad para actuar como conciliador, de oficio o a petición de parte, en los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud, y se les otorga a los acuerdos conciliatorios los efectos de cosa juzgada.

¹⁰ Artículo 35 Ley 1122 de 2007

Para el trámite de los asuntos sometidos a conciliación se aplicará las normas generales de la conciliación previstas en la Ley 640 de 2001.

FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Como novedad, la **Ley 1122 de 2007**, le confirió funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud.

Esta facultad conlleva que la Superintendencia podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo¹¹ y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

- Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;
- Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;
- Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos

¹¹ La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre el aparte subrayado de este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-956-07

relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la **Ley 446 de 1998**.¹²

Sobre la anterior atribución, puede presentarse diferentes visiones respecto de la competencia de los jueces del trabajo y de la procedencia de la acción de tutela.

La Corte Constitucional, mediante sentencias **C-117** y **C-119** de 2008, se pronunció sobre el artículo anterior (41 **Ley 1122 de 2007**), y lo declaró exequible.

b) Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)

El INVIMA tiene sus orígenes en la Ley 100 de 1993, como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

¹² Artículo 41 **Ley 1122 de 2007**

Posteriormente el **Decreto 1290 de 1994** precisa las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- y establece su organización básica.

Y finalmente la **Ley 1122 de 2007**, establece nuevas funciones para el INVIMA específicamente en lo concerniente a la supervisión en algunas áreas de salud pública, así: La evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas, la competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos, la competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control en la inocuidad en la importación y exportación de alimentos y materias primas, y la garantía mediante una tecnología de señalización de medicamentos, su identificación en cualquier parte de la cadena de distribución, desde la producción hasta el consumidor final con el objetivo de evitar la falsificación, adulteración, vencimiento y contrabando.

1.4. OTROS ORGANISMOS DEL SGSSS

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

Otra entidad del orden Nacional importante de incluir dentro de este grupo de instituciones del sistema es el Instituto Nacional de Salud.

Su vida jurídica se remonta a los años 60 y a lo largo de estos años, ha sufrido algunas transformaciones en lo que tiene que ver con estructura y funciones. El **Decreto 272 de 2004** define la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Salud como:: “Un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera adscrito al Ministerio de la Protección Social; es

integrante del Sistema de Salud y del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, y con jurisdicción en todo el territorio nacional”.

El mismo decreto le estableció las siguientes funciones:

- Coordinar, ejecutar y dirigir la investigación científica en salud y en biomedicina en las áreas de su competencia, de conformidad con las políticas, planes y lineamientos del Ministerio de Salud.
- Asesorar, coordinar, ejecutar y dirigir programas y proyectos en investigación científica y desarrollo tecnológico en salud.
- Asesorar al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, en la determinación de políticas, planes y proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico en salud, así como en la formulación de normas y procedimientos.
- Participar en la planeación, desarrollo y coordinación de los sistemas de información en salud y vigilancia epidemiológica, en coordinación con el Ministerio de Salud, las entidades territoriales y demás órganos del sistema de salud.
- Coordinar, asesorar y supervisar la red nacional de laboratorios y servir como laboratorio nacional de salud y de referencia.
- Definir estrategias, impulsar y coordinar los planes y programas de transferencia de tecnología y de asistencia técnica para la red nacional de laboratorios, en coordinación con el Ministerio de Salud.
- Realizar o contratar la ejecución de actividades para el desarrollo, producción y distribución de biológicos, químicos, biotecnológicos, reactivos y medios de cultivo, o asociarse para los mismos fines.
- Promover y realizar actividades de formación avanzada y capacitación de personal en las áreas científico-técnicas de su competencia, en concordancia con las normas sobre la materia.

- Participar y prestar asesoría en la formulación de normas científico-técnicas y procedimientos técnicos en salud.
- Las demás que se le asignen conforme a las normas legales y de acuerdo con su naturaleza y funciones.

Finalmente, el gobierno nacional consideró que el Instituto Nacional de Salud debía fortalecerse técnicamente, y propuso en el artículo 33 de la **Ley 1122 de 2007**, dos funciones adicionales:

- Definir e implementar el modelo operativo del Sistema de Vigilancia y Control en Salud Pública en el Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- Realizar los estudios e investigación que soporten al Ministerio de la Protección Social para la toma de decisiones para el Plan Nacional de Salud.

1.5. NORMAS INTERNACIONALES

A través del tiempo las naciones, han adoptado diferentes formas de organización, en procura de la defensa y protección de los derechos de todos los seres humanos.

Así las cosas cuando un país, libremente, decide formar parte de una organización internacional, adquiere el compromiso de cumplir los estatutos y los diferentes instrumentos que expida el organismo o las entidades que lo conforman, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la **Convención de Viena**.

Además de lo anterior la Constitución impone de manera expresa el atender la normatividad internacional en lo relacionado con derechos humanos, y le establece a los convenios internacionales del trabajo ratificados el mismo nivel de la Ley.

En efecto el artículo 93 de la Constitución Política dispone:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001, señalan:

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la **Corte Penal Internacional** en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Igualmente el artículo 53 de la Constitución Política preceptúa que:

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

A nivel de la Ley, el artículo 19 del **Código Sustantivo del Trabajo**, preceptúa:

“NORMAS DE APLICACIÓN SUPLETORIA. Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias

semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las Leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad".

El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-401/05** de 14 de abril de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, "en el entendido de que (i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia"

Por lo anterior en nuestro país resulta aplicable la normatividad internacional relacionada con derechos humanos, y los convenios de internacionales del trabajo debidamente ratificados que hacen parte de la normatividad interna

No sobra aclarar que la Corte Constitucional, sobre la aplicación de los convenios de la OIT, preciso:

"El carácter normativo obligatorio de los convenios de la OIT ratificados por Colombia impide que sean considerados como parámetros supletorios ante vacíos en las Leyes.

21. Lo anterior indica que de ninguna manera los convenios internacionales del trabajo pueden ser considerados simplemente como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral.

Adicionalmente, aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las Leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios. Por lo tanto, al resolver “el caso controvertido” – en los términos del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo acusado en el presente proceso-, tales convenios son norma aplicable de manera principal y directa, y han de incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables. Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (C.P., art. 93, inc. 1), lo cual ha de ser reconocido y respetado al resolver “el caso controvertido.”

Más adelante preciso:

“Los convenios de la OIT ratificados por Colombia son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias. Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos”¹³.

El denominado bloque de constitucionalidad, surge como consecuencia de la remisión que realiza la Constitución a normas internacionales, y así mismo les asigna valor dentro de la jerarquía normativa nacional, el cual por mandato constitucional debe ser acatado por todos.

¹³ C-401 de 2005

La Corte Constitucional ha indicado que el bloque de constitucionalidad se entiende en dos sentidos, el primero en stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario, y, el segundo lato sensu que se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las Leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las Leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional¹⁴.

En consecuencia, los convenios sobre derechos humanos prevalecen sobre la normatividad nacional, y los convenios de la OIT ratificados por Colombia tienen el mismo nivel de Ley. Pero se aclara que puede presentarse convenios de la OIT relacionados con derechos humanos, lo cuales entrarían a formar parte del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto prevalecen sobre la normatividad interior.

Circunstancia por la cual deben tenerse en cuenta los tratados sobre derechos humanos, por lo que a continuación citamos algunos de ellos, y organismos internacionales que los protegen.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Organización Internacional del Trabajo, Organización Mundial de la Salud, Organizaciones de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, celebrada en San José de Costa Rica que determinó la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, y la Corte Interamericana de Derechos

¹⁴ Sentencia C-582 de 1999

Humanos, con sede en San José de Costa Rica (Artículo 33), aunque debe precisarse que desde la suscripción de la Carta de la Organización de Estados Americanos, se previó la existencia de una comisión que se dedicara a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pacto de **Protocolo de San Salvador**, y el **Protocolo adicional dicho Pacto sobre DESC de 1988, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, **Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre libertad de Expresión, Declaración de los Derechos del Niño.

Debe anotarse que la jurisprudencia ha precisado también que debe tenerse en cuenta la posición de los interpretes autorizados de los tratados por como ejemplo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas "*es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales...*" (Sentencia **C-671 de 2002**).

Se menciona, en varias decisiones, la **Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud** producida de la interpretación del *artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, por el COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 22^o período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, Tema 3 del programa, según la cual el derecho a la salud es un derecho fundamental humano, corresponde "al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente" y la efectividad del derecho se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios¹⁵.

¹⁵ "1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos

También tienen gran importancia los convenios y recomendaciones de la **Organización Internacional del Trabajo**, entre los cuales sobresalen los siguientes relacionados con la seguridad social:

De alcance general:

Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)

Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118).

Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157).

Convenios sobre temas de seguridad social

Asistencia médica

Convenio núm. 102

Convenio núm. 130

Prestaciones de enfermedad

Convenio núm. 102

Convenio núm. 130

Prestaciones de desempleo

Convenio núm. 102

Convenio núm. 168

Prestaciones de vejez

Convenio núm. 102

Convenio núm. 128

complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley". Observación general 14 (2000)

Prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Convenio núm. 102

Convenio núm. 121

Prestaciones familiares

Convenio núm. 102

Prestaciones de maternidad

Convenio núm. 102

Convenio núm. 183

Prestaciones de invalidez

Convenio núm. 102

Convenio núm. 128

Prestaciones de sobrevivientes

Convenio núm. 102

Convenio núm. 128

Dentro de las diversas normas citadas por la Corte Constitucional, para resolver aspectos de la Seguridad Social y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se destaca la observación 14 del Comité de Naciones Unidas sobre DESC, para estimar como fundamental el derecho a la salud, en determinadas circunstancias. (T-434/06)

Como complemento se puede examinar el Segundo Anexo de la sentencia T-760 de 2008.

MODO DE EMPLEO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

No existe uniformidad sobre la aplicación de la normatividad internacional, en el interior de cada país.

Para lo cual se ha diseñado dos teorías monistas y la dualista, la primera que sostiene que con la sola aprobación de la norma internacional (cumplido el trámite respectivo), se incorpora automáticamente al derecho interno, y la segunda considera que es necesario proferir una reglamentación interna. Sin embargo, de manera independiente a la teoría que se acoja, en nuestro caso por mandato constitucional, los funcionarios judiciales están compelidos a la utilización de dicha normatividad en los términos señalados.

Con base en lo expuesto por la OIT, en el documento titulado "Cuándo y cómo los tribunales nacionales pueden utilizar el derecho internacional del trabajo" elaborado por Xavier Beaudonnet (CIF-OIT, junio de 2007), se estima que es factible considerar que el derecho internacional puede ser utilizado por los tribunales nacionales en cuatro formas:

- A. Para resolver directamente el litigio;
- B. Para interpretar disposiciones de derecho interno;
- C. Como fuente de inspiración para el reconocimiento de un principio jurisprudencial;
- D. Para reforzar una solución fundada en el derecho nacional.

Con la advertencia de que dichas formas de utilización no son las únicas, pues las circunstancias no son iguales en todos los países, las citamos para resaltar el papel que el derecho internacional puede cumplir a nivel nacional.

1.6. DECISIONES SOBRE PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD

Mencionaremos algunas decisiones de la Corte Constitucional, en las cuales se ha protegido el derecho a la salud, en las cuales se evidencia la evolución de la protección, en un comienzo como derecho ligado a un derecho fundamental (SU 111 1997), derecho prestacional fundamental, núcleo del derecho, sujetos titulares de protección (SU 225/98), derechos vinculados al sistema (T-053 de 2003), examen de la expresión dignidad humana, derecho fundamental (T-881/02), derecho a la salud del menor, capacidad económica, imposibilidad de asumir costos médicos (T-819/03), derecho a la salud fundamental, definición del POS relevancia constitucional, observación 14 (T-859/03), línea jurisprudencias entrega de prótesis, interpretación constitucional del POS, exclusiones constitucionalmente admisibles (T-860/03), derecho a la salud enfermos de Sida, suministro de medicamentos y practica de exámenes (T-434/06),Desafiliación de personas de especial protección (T-088 de 2008), licencia de maternidad, pagos reglas (T-505 de 2008) derecho fundamental autónomo (T-760 /08)

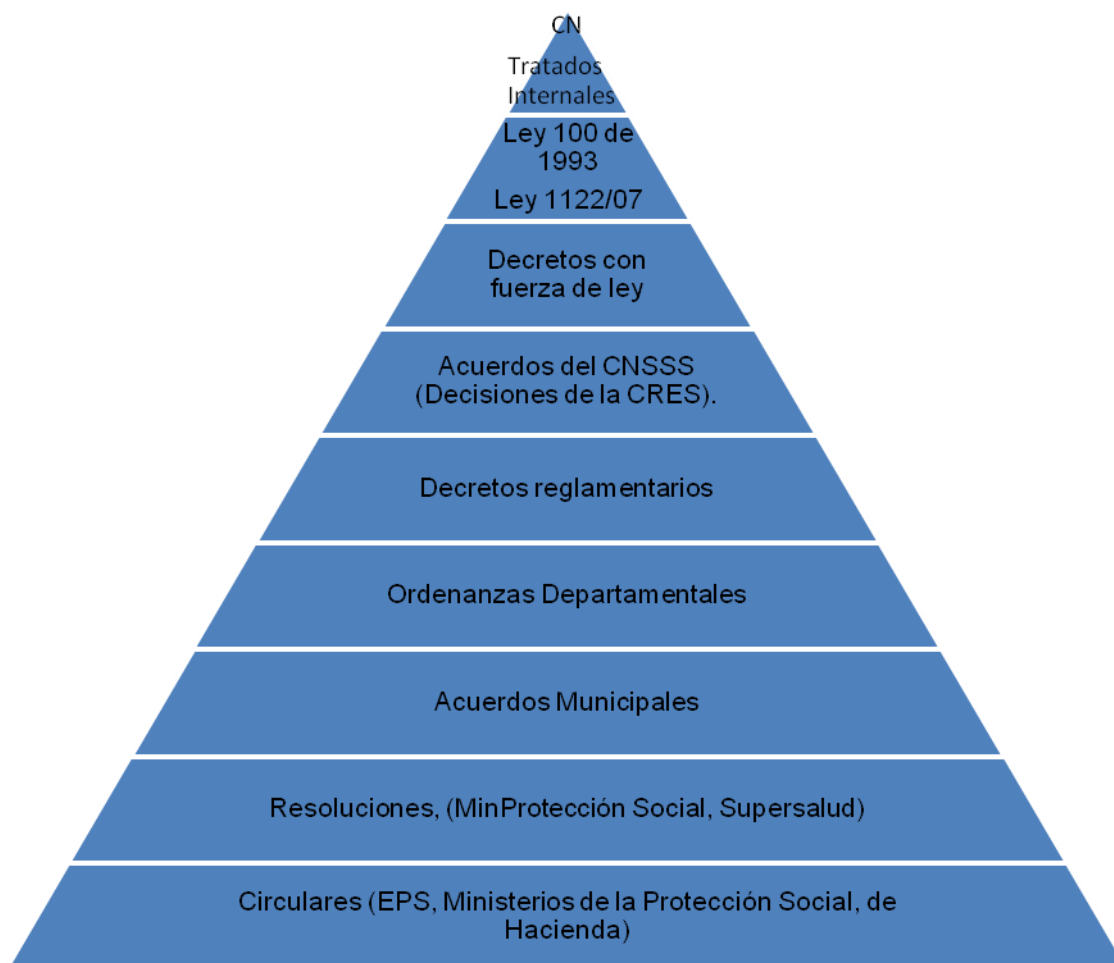
Respecto a la no consignación oportuna de aportes a seguridad social, según sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 20 de junio de 2007, radicación 23982, M.P. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON, se tipifica el delito de abuso de confianza calificado.

Como se mencionó, se puede examinar el Segundo Anexo de la sentencia **T-760 de 2008**

1.7. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE SALUD EN COLOMBIA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Para terminar el capítulo, como compilación de la normatividad, se presenta a continuación, la estructura de las normatividad que rige el sistema de seguridad social en salud, estableciendo un orden jerárquico.

Para este aparte nos guiamos por la organización propuesta por la Dra. Carmen Helena Castaño Cardona en su obra, La Salud en el Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia.



1.7. 1. La Constitución como norma de normas, es el pilar o fundamento del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El artículo 1º de la Constitución Política, introdujo el concepto de Estado Social de Derecho “el cual se fundamenta en los principios del respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

El artículo 48, define la seguridad social como un derecho irrenunciable de los habitantes del territorio colombiano, y un servicio de carácter público y obligatorio, bajo la dirección,

coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad.

El Artículo 49 por su parte, establece que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; consagra además la garantía de la salud en cuanto a su promoción, protección y recuperación.

1.7.2 CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA

Los convenios y pactos internacionales son fuente de interpretación de los derechos humanos, por esta razón, es posible aplicar la normatividad relativa a la seguridad social, contenida en éstos instrumentos.

Tratándose del derecho a la salud, podemos mencionar algunos de estos convenios o tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad del derecho a la salud:

- Sistema Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales.
- Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra 1983, integrada al ordenamiento nacional por medio de la Ley 82 de 1988 (diciembre 23).
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad-

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convenios de la OIT en relación con la Salud en el Trabajo.

Debe aclararse conforme a lo visto en el numeral anterior que los tratados que versen sobre derechos humanos están por encima del mandato constitucional, y los demás a nivel legal, por lo tanto en cada caso debe examinarse la configuración del denominado bloque de constitucionalidad.

1.7.3. LEY 100 DE 1993 Y NORMAS QUE LA REGLAMENTAN O COMPLEMENTAN

El preámbulo de la **Ley 100 de 1993**, consagra: “la Seguridad Social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

El artículo 152 de la citada ley, establece: “(...) los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”.

De conformidad con las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Ejecutivo, el Gobierno a través de decretos con fuerza de ley, reglamentó entre otros, los siguientes temas: afiliados, tipos de afiliados, contenidos, cobertura del POS, etc.

Igualmente mediante Decreto 1298 de 1994, expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pretendía codificar o integrar en un solo texto, toda la normatividad vigente en esa materia, la cual se encontraba dispersa. Se incluyeron allí, todos los temas relacionados con la salud, desde las medidas sanitarias, hasta el manejo de la Carrera Administrativa.

No obstante, con una tesis rígida frente al fenómeno de la codificación, la Corte Constitucional en sentencia **C-255 de 1995**, se pronunció, al declarar inexecutable este estatuto por considerar que se trataba de un verdadero código, y que las facultades para expedir códigos recaían en cabeza exclusiva del Congreso, pero dejó claro que las normas que se pretendieron codificar en este estatuto no perdían su vigencia, es decir, continuaron su vida jurídica en forma dispersa, pero esta dispersión o descodificación como la vemos hoy, presenta tanto aspectos positivos como negativos.

En cuanto a lo positivo, podemos encontrar que un organismo como el CNSSS, tiene la posibilidad de legislar de manera inmediata, atendiendo a las necesidades de la población que se presentan en lo cotidiano. Un ejemplo de esta situación es el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el tema del aborto, que irradia o tiene implicaciones dentro del contenido del Plan Obligatorio de Salud –POS– y que fue regulado en su momento por el CNSSS. Como aspectos negativos encontramos la inseguridad jurídica que se genera ante los continuos cambios en la normatividad de salud en Colombia, llegándose a encontrar casos en que algunas disposiciones reglamentarias de la **Ley 100 de 1993**, son violatorias de la misma ley, e incluso de la Constitución Política, y que solo se evidencian al momento de aplicar la norma a un caso concreto.

1.7.4. LEY 1122 de 2007

Ley 1122 de 2007, que reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 1º establece como su objeto: “realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se reforman algunos aspectos como la dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

1.7.5. ACUERDOS DEL CNSSS (DECISIONES DE LA CRES)

El CNSSS, fue creado por el artículo 171 de la **Ley 100 de 1993**, y es el encargado de fijar las políticas de salud en Colombia. A partir de la entrada en vigencia de la **Ley 1122 de 2007**, es reemplazado por la –CRES–.

Mediante sus decisiones, denominadas Acuerdos, se definen entre otros: Los contenidos del POS, el valor de la UPC, el valor de la cotización para salud. Además se incorporan a la normatividad vigente las sentencias de unificación (Sentencias SU), de la Corte Constitucional en temas relacionados con los contenidos del POS.

1.7.6 ORDENANZAS DEPARTAMENTALES Y ACUERDOS MUNICIPALES

A partir de la vigencia de la **Ley 100 de 1993**, los temas de salud que pueden ser regulados mediante ordenanzas, o acuerdos, se han limitado a la transformación de los antiguos hospitales públicos en Empresas Sociales del Estado –ESE–, bien sean del orden Municipal

o Departamental; y en la conformación de los Consejos Territoriales y Departamentales de Seguridad Social.

Lo anterior, en razón a la prohibición expresa que consagró la **Ley 100 de 1993** de crear prestaciones adicionales a las que consagra dicha norma, salvo que se cuente con disponibilidad presupuestal debidamente asignada.

1.7.7 RESOLUCIONES

En materia de salud, las resoluciones son actos administrativos expedidos por el Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, las EPS públicas, etc., en ejercicio de sus facultades de dirección, control o administración del Sistema de Seguridad Social, de obligatorio cumplimiento para todos los participantes del sistema.

1.7.8 CIRCULARES

Son actos administrativos internos expedidos por las autoridades de las diferentes entidades que conforman el Sistema: Ministerio de la Protección Social, Superintendencia de Salud, EPS, ARS (EPS'S), entre otras, que tienen como objetivo dar instrucciones sobre la interpretación y aplicación de las normas de salud.

Los contenidos de estas circulares, algunas veces han pretendido modificar lo dispuesto en la **Ley 100 de 1993**, tal como sucedió con una circular que en su momento expidió el Presidente de la EPS del Seguro Social, que modificó la fecha de entrada en vigencia de la

medicina familiar, argumentando la falta de infraestructura para iniciar este proceso, lo que se constituye en una clara extralimitación de funciones por parte del ISS.

Igualmente, mediante la Carta Circular 046 del 30 de julio de 2007, el Ministro de la Protección Social, decidió aplazar la entrada en vigencia del Decreto 1670 de 2007, en razón a que se vencieron los plazos límites para que los pequeños aportantes y los trabajadores independientes se afiliaran al Sistema de la Protección Social, requisito necesario para el pago de aportes a través de la Planilla Integrada de recaudación de aportes, y no fue posible que éstos cumplieran con este requisito en el término establecido en dicho decreto.

Lo anterior ha evidenciado que la realidad social no está acorde con la realidad normativa, lo que provoca situaciones como las mencionadas que deberían estar reguladas por normas de la misma categoría.

J

Jurisprudencia

La consulta de la jurisprudencia seleccionada permite tener una mejor comprensión de los temas tratados en la unidad y proporciona elementos adicionales tanto para la realización de las actividades pedagógicas como para la autoevaluación.

1.7.1. Sentencia C- 408/94

M.P. ALFREDO BELTRAN SIERRA

“... c. Naturaleza Jurídica de la Seguridad Social

De manera amplia la Constitución Política de 1991, a diferencia del régimen constitucional anterior, se ocupa en forma expresa de la seguridad social. En la Carta de 1886, sólo en amparo bastante limitado, se disponía expresamente el derecho a la llamada entonces

asistencia pública, consagrada en su artículo 19. Hoy por el contrario la preceptiva es extensa y omnicompreensiva.

La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiendo por tal, a un tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable". Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio.

Desde el artículo 1o., la Carta aborda el derecho a la seguridad social, al organizar la República como un Estado Social de Derecho. Esta forma del Estado trae implícito el comentado derecho a la seguridad social. Comprende la solidaridad colectiva que hace resaltar la obligación del poder público, de la Sociedad y del propio hombre, de asistir a los ciudadanos a fin de procurarles una mejor forma de vivir. Luego, de ese desarrollo de principio, varios artículos del capítulo 2 del título II, "De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales", determinan con mayor claridad los contenidos de la seguridad social. Se preceptúa allí: la protección integral de la familia (art. 42); la protección de la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43); se incluye entre los derechos fundamentales de los niños la obligación de la familia, la sociedad y el Estado, de asistirlos y protegerlos (art. 44); los niños menores de un año tienen derecho incluso más allá de los límites de la simple seguridad social, a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (art. 50); los adolescentes tienen derecho a su protección y formación integral, y la garantía de su participación en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (art. 45); la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, su seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia (art. 46); la atención especializada a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (art. 47); el derecho de los colombianos a la salud y al ambiente (art. 49); el derecho a la vivienda digna (art. 51); el derecho a la recreación (art. 52).

La Carta adopta pues, un concepto ampliado de la seguridad social que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, gradualmente deben quedar comprendidos en la seguridad social. También muestra la norma superior con claridad el derecho de los particulares en la realización de la seguridad social. Sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.

El servicio público se prestará, por mandato superior, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que definirá, como en efecto lo hace, la Ley. EFICIENCIA, es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. UNIVERSALIDAD, es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. SOLIDARIDAD, Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo; los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias; UNIDAD, es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social; PARTICIPACION, es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Estos conceptos, sumados al de la progresividad que retoma el legislador en la Ley que se revisa, aportan una mejor comprensión de los alcances que de los mismos se fija en las disposiciones de la Carta sobre seguridad social.

En la ponencia para segundo debate al proyecto de Ley número 155 Senado, 204 Cámara de 1992, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y adoptan otras disposiciones", se expuso lo siguiente:

"Nuestra Constitución, como toda Carta Política, contempla una serie de derechos, algunos de ellos fundamentales, otros de carácter económico, cultural y social y los de carácter colectivo, conocidos en la doctrina internacional como derechos de Primera, Segunda y Tercera Generación, respectivamente.

"Conforme a esta clasificación, son derechos de primera generación aquellos derechos inherentes a la persona humana, considerados como fundamentales en los desarrollos constitucionales sobre el tema.

"Los derechos de segunda generación, que son los derechos económicos, sociales y culturales, corresponden a la noción de derecho-prestación. Tal es el caso del derecho a la Seguridad Social.

"Finalmente, los derechos de tercera generación que son los llamados derechos colectivos, son aquellos que se caracterizan porque su titularidad es conjunta, como los derechos a la información y al medio ambiente.

"El concepto de los derechos fundamentales tiene un contenido axiológico e inherente a la persona humana. Son entendidos por la doctrina como un grupo especial de facultades otorgadas al individuo, cuya jerarquía obedece a una preocupación generalizada en este siglo, de ubicar en un nuevo plano a los miembros de la sociedad civil frente al Estado. Su eficacia es directa, la sola consagración en la Carta otorga al particular la facultad de ejercerlo y al Estado la correlativa obligación de respetarlo.

"En el capítulo segundo de nuestra Carta se encuentran los derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación, que a diferencia de los individuales caracterizados por exigir del Estado un no hacer, un respeto a la autonomía de la persona, lo comprometen a desarrollar un conjunto de programas tendientes a llevar bienestar a sus asociados.

"El derecho a la Seguridad Social parte de los llamados derechos de segunda generación que son en estricto sentido derechos-prestación que exigen de desarrollo legislativo para poderse hacer efectivos, por ello no pueden considerarse como fundamentales. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en su sentencia T-406 de junio de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón, '...está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales'.

"A lo anterior se agrega que por la contundencia de los hechos, en caso de violación de un derecho fundamental, los mecanismos para su defensa son breves y sumarios (acción de tutela), puesto que no hay controversia por dirimir, ni complejidad por aclarar, son entonces de aplicación directa. Muy diferente de lo que ocurre con los derechos sociales, y en particular con el derecho a la Seguridad Social, puesto que su examen debe absolver una situación variable en el tiempo y compleja en su fundamento jurídico, todo lo cual debe ser definido por la Ley.

"Por otra parte, el inciso 2o. del artículo 48 de la Constitución Política, establece: 'Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social'. Es un enunciado estructuralmente diferente al que puede tener un derecho fundamental, puesto que en este caso, el derecho no se adquiere tan sólo por la disposición constitucional.

"Este derecho económico-social existe como concesión del Estado, cuyo grado de variabilidad puede hacer que en el tiempo y en el espacio se desarrollen una multiplicidad de formas muy diferentes para su prestación. La doctrina considera que '...las normas constitucionales tienen todas la misma naturaleza jurídica aunque no son todas del mismo

tipo; los derechos sociales... no son reglas acabadas, son los fundamentos de una regulación posterior cuya responsabilidad recae en el legislador' KARL LARENZ; Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, 1980, p.32.

"Es claro entonces, que la naturaleza del derecho a la seguridad social, lejos de ser un derecho fundamental es un derecho social de prestación, sobre el cual el Estado, en toda caso, debe prestar la mayor disposición para desarrollarlo a través de las normas legales." (Gaceta del Congreso, Año II, No. 281, 19 agosto/93, págs. 3 y 4).

Tal como lo entendieron el Constituyente y el Legislador, la Corte considera en principio, el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que la Carta sitúa en su capítulo 2o. del título II, de los derechos sociales, económicos y culturales. Se trata de un derecho calificado por el tenor literal de la Carta como de la Segunda Generación; tiene además por su contenido material una naturaleza asistencial o prestacional que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que, requiere una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación, le da a este derecho a la seguridad social un carácter temporoespacial, reconocido por el constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48), lo viene a diseñar con una cobertura progresiva que comprenda todos los servicios que, como parte de él, determine la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional en varias salas de revisión de tutelas ha amparado el derecho a la seguridad social, para casos concretos, en la medida en que resulta tan directa su relación con un derecho fundamental, cuya garantía no sería posible, por vía de la tutela, sin la protección de aquél; y, no en razón de que se considerase fundamental de manera general el comentado derecho.

A este respecto la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional ha reiterado el concepto de la seguridad social como derecho fundamental, cuando se cumplen los siguientes supuestos:

".....

"Sin embargo, debe aclararse que la seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.

".....

Por tanto, ni el Estado ni la sociedad civil pueden permitir que uno de sus miembros se abandone a la fatalidad de vivir sin las condiciones mínimas de apoyo que se le deben brindar a un ser humano, sobre todo cuando se encuentra, según se ha dicho, en estado de extrema necesidad por su evidente invalidez mental. Este es uno de los avances más notables de la Carta Política, que establece la primacía de la realidad, en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos. Por el contrario, el espíritu de la Constitución se inspira en la efectividad de los derechos fundamentales, pues ellos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ser esenciales a la dignidad de la persona, fin del orden jurídico universal. Los derechos a la vida y a la salud están en íntima conexión con la efectividad de la seguridad social, ya que todo ser humano tiene derecho a una existencia digna.

".....

"Cuando una persona padece el estado de extrema necesidad, no se le puede excluir de la protección eficaz a la dignidad personal a que tiene derecho, sino extenderle toda la ayuda posible, incluso otorgarle prelación en la destinación de bienes y servicios, de acuerdo con el artículo 11 superior. Si rige entre nosotros un Estado Social de Derecho, se deben destinar universalmente los bienes y servicios, de suerte que nadie quede excluido de la seguridad social. No puede haber excusa válida para la miseria y el abandono de los asociados. La inspiración social de la Carta Política no es un enunciado abstracto, se repite; es una de las finalidades esenciales del Estado Social de Derecho, y la Corte constitucional tiene el deber de defender la guarda e integridad de la Constitución. Por ello, para esta Corporación la seguridad social implica la coherencia entre validez y eficacia. De nada sirve a la comunidad que estén consagradas las garantías, si éstas no se realizan. La perfección significa realización de las finalidades de un ente. Es la realidad la pauta de la perfección (que viene del latín *perfectio*, realizado)." (Corte Constitucional, sentencia No. T-290 de junio 21 de 1994. M.P. D. Vladimiro Naranjo Mesa).

Tratamiento especial otorga la Carta a algunos elementos integrantes de la seguridad social, tal el caso de la preeminencia que confiere a la seguridad social de los niños, pues esta prevalece sobre la que tiene como titular a los adolescentes, los adultos y las personas de la tercera edad. El adjetivo de fundamental como se ha sostenido por esta Corporación, debe destacarse como un tratamiento privilegiado o de primacía de los derechos de los niños; coadyuva en esa dirección el que el constituyente hubiese ubicado la preceptiva del artículo 44 en el Capítulo I de los derechos fundamentales y hubiese incluido el precepto entre los derechos de aplicación inmediata.

Tampoco otorga el carácter de fundamental, la obligatoriedad de plano, según lo dispuesto en el orden superior (Art. 50), en cuanto impone que todo niño menor de un año, que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social, tendrá derecho a la atención gratuita en las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Se trata

aquí de una reglamentación directa de la Constitución, conforme al sistema que establece en la materia.

Mención especial merece el carácter de derecho fundamental que la Constitución de 1991 otorga a la asistencia pública, en el inciso final de su artículo 13. Revisados los contenidos de la Ley 100 se observa que entre ellos no existen regulaciones que amplíen o limiten los contenidos de su núcleo esencial, que pudieran hacer parte de la Constitución, sino que, se aprecian en ella elementos que haciendo parte de ese derecho fundamental, por su carácter reglamentario pueden ser objeto de las competencias propias del legislador ordinario.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, define desde su preámbulo los alcances de la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. En consecuencia, contiene la Ley normas sobre principios generales del sistema de la seguridad social; objeto, características, afiliación, cotizaciones, fondo de solidaridad del sistema pensional; pensión de vejez; pensión de invalidez por riesgo común; pensión de sobrevivientes; prestaciones adicionales; entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida; régimen de ahorro individual con solidaridad; modalidades de pensión; pensiones mínimas; prestación y beneficios adicionales; entidades administrativas del régimen de ahorro individual con solidaridad; bonos pensionales; disposiciones aplicables a los servidores públicos; el sistema general de seguridad social en salud; de los afiliados y afiliadas al sistema; del régimen de beneficios; de la dirección del sistema y de la seguridad social en salud; de las instituciones prestadoras de servicios de salud; régimen de la empresas sociales del Estado; de los usuarios; del régimen contributivo; del régimen subsidiado; del fondo de solidaridad y garantía; de la vigilancia y control del sistema; y normas sobre transición del sistema y otras disposiciones afines o complementarias; sistema general de riesgos profesionales, accidente y enfermedad profesionales, y servicios sociales complementarios.

Es claro para la Corte que esta normatividad sobre la seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de las Leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral, y en otras, de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos. La gratuidad, no puede entenderse, en los titulares de estos

derechos, como un ingrediente que pueda mutar la naturaleza de los mismos para transformarlos en derechos fundamentales; pues no son más que desarrollos de contenidos propios del Estado social de derecho. Y así lo declarará esta Corte, rechazando el cargo por razones de forma, planteado en la demanda contra la Ley 100, según el cual los contenidos de ésta imponían su expedición mediante el trámite de Leyes estatutarias.

..."

1.7.2. Sentencia C- 067 de 2003

M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

El Bloque de constitucionalidad concepto, origen, aplicación. Sentido lato *sensu*, y strictu sensu. Fuerza normativa.

"A. Concepto

Es sabido y últimamente aceptado por algunos doctrinantes que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política. El Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado "bloque de constitucionalidad" y que comparten con los artículos de texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción "bloque de constitucionalidad" pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales.

Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de "*principios y reglas de valor constitucional*", para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión "*bloque de legalidad*", importada de Hauriou, para referirse al conjunto de Leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946 "Ponencia Francesa" Favoreu Louis, Rubio Llorente Francisco, El bloque de la constitucionalidad, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991, págs. 19-20

Rubio Llorente advierte que después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España. Sostiene al respecto que el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 y recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como *"a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la Ley sometida a examen"* (STC 29/1982) (JC, vol. III, pág. 371). Rubio Llorente, Francisco, Bloque de constitucionalidad, Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, número 27, septiembre-diciembre 1989.

Otros países del viejo continente adoptaron decisiones similares. Así, por ejemplo, la Constitución austriaca decidió integrar las normas de Derecho Internacional a su bloque de constitucionalidad, mientras que en Italia el ordenamiento jurídico comunitario adquirió por disposición de la misma constitución prevalencia y aplicación preponderante frente al ordenamiento jurídico interno. El artículo 25 de la Constitución de Alemania Occidental establecía por su parte que *"las reglas generales de derecho internacional firman parte del derecho federal. Tendrán precedencia sobre las Leyes y crearán derechos y deberes directamente para los habitantes del territorio federal"* Eduardo Jiménez de Aréchaga, "Introducción al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", separata de la Revista Jurídica, Buenos Aires, 1962, Págs. 1-111

Luego de arraigarse en Europa, el criterio del bloque hizo su aparición en la jurisprudencia colombiana, aunque su presentación inicial no fue del todo aceptada.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la idea de que ciertas normas de Derecho Internacional tienen prelación sobre la legislación interna no fue suficientemente esclarecida. La inexistencia de una norma inequívoca que reconociera esa prelación dificultó la admisión de la tesis. Fue esa la razón por la cual la Corte Suprema de Justicia se negó a ejercer el control de constitucionalidad de las Leyes frente a los textos de derecho internacional. Se decía que *"en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar a la Corte la Ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1 de la citada Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)"* Sentencia del 23 de marzo de 1973. M.P. Dr. Eustorgio Sarriá. Gaceta Judicial N° 2390-2391 Pág.105 Los textos del derecho internacional no tenían, en ese sentido, fuerza de referencia para determinar la constitucionalidad de las normas legales.

B. El bloque de constitucionalidad en la Carta de 1991

La promulgación de la Constitución de 1991 marcó una nueva pauta en el acoplamiento de las disposiciones internacionales al orden constitucional interno. Aunque no fue sino a partir del año 1995 que la Corte Constitucional adoptó sin ambages el concepto de bloque de constitucionalidad -tal como se utiliza hoy en día- muchos de los fallos producidos antes de ese año reconocieron ya la jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales.

El primer elemento en contribuir a este cambio fue la introducción en el texto constitucional de seis importantes artículos que definirían los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno. Estos fueron:

a) El artículo 9º, el cual reconoció que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

b) El artículo 93, según el cual *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."*

c) El artículo 94, que establece que *"la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."*

d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: *"No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario."*

e) El artículo 53 que preceptúa: *"Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna", y*

d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que: *"Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república".*

Refiriéndose ahora al campo de la función jurisdiccional, uno de los primeros fallos en aplicar la normatividad constitucional referida y, por consiguiente, en hacer alusión a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia como legislación

prevalente fue la Sentencia T-409 de 1992. En dicha providencia la Corte procedió a hacer el análisis de la tensión existente entre el deber de prestar el servicio militar y el derecho a la libertad de conciencia a la luz del criterio de la obediencia debida. La Corte manifestó que en aplicación del artículo 93 de la Carta, la obediencia debida no podía interpretarse como una obligación ciega de cumplimiento de órdenes superiores, sino como una sumisión a la jerarquía militar sometida al concepto de orden justo. Dijo así la Corte en su Sentencia:

"Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

"No podría interpretarse de otra manera el concepto de orden justo, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".

"Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (Diario Oficial No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar "en todas las circunstancias", existen infracciones graves, contra las cuales los estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, "el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" (artículo 50).

"Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense." (Sentencia T-409 de 1992 M.P. Dres. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz) (Subrayas fuera del original)

La Corte ratificó su postura en la Sentencia C-574 de 1992, en donde analizó la exequibilidad del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I). En dicha oportunidad el tribunal sostuvo que los convenios sobre derecho

internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional, tal como se deduce de la siguiente transcripción:

"Primera. La Carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios - debidamente ratificados- concernientes a los derechos humanos (art. 93). Esto indica que los constituyentes no ignoraron la existencia de esa amplia y promisorio rama que es el derecho internacional de los derechos humanos, algunas de cuyas características tuvimos ya ocasión de señalar.

"Segunda. Asimismo, ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción (Art. 214-2). Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la Ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional.

"Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, - por voluntad expresa del Constituyente -, normas obligatorias *per se* sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia Carta.

"En estas condiciones, no hay duda que el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos, tal como lo ha señalado la más autorizada doctrina." (Sentencia C-574 de 1992 M.P. Dr. Ciro Angarita Barón)

Posteriormente, en la Sentencia T-426 de 1992 y con ocasión de la tutela interpuesta por una persona de la tercera edad para que se le reconociera una sustitución pensional, la Corte Constitucional dejó sentado que un tratado internacional de derechos humanos puede tomarse como elemento de interpretación de los derechos consagrados en el texto de la Carta Política y que, por tanto, sus disposiciones tienen jerarquía superior en el ordenamiento interno.

Tal como se había adelantado, el concepto de "*bloque de constitucionalidad*" fue sistematizado de manera definitiva en la Sentencia C-225 de 1995. La expresión "*bloque de constitucionalidad*" fue utilizada antes del 95 en las Sentencias C-4988/93, C-089/94, C-372/94 y C-555/94, pero no para referirse al concepto que ocupa este debate. El entendimiento de la expresión antes del 95 estaba dirigido a que la Constitución Política es un bloque armónico de preceptos que debe interpretarse de manera global y sistemática., fallo en el cual la Corte Constitucional procedió a la revisión del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), así como de la Ley 171 del

16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta *"por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las Leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu."*

La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el bloque de constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4º de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia.

Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión.

Así resolvió la Corte el dilema planteado por esta normatividad:

"En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" , cuyo respeto se impone a la Ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)." (Sentencia C-225/95, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

C. Componentes del Bloque de constitucionalidad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como primera medida, es necesario advertir que la Corte Constitucional reconoció que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte sostuvo que

"(...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las Leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las Leyes estatutarias." (Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En desarrollo de dicha premisa y refiriéndose concretamente a los componentes del bloque, la jurisprudencia constitucional acepta que los tratados internacionales que definen los límites del Estado hacen parte de esta entidad constitucional. Así lo estableció la Corte en la Sentencia C-1022 de 1999 al sostener que los *"tratados de fronteras que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ya lo había indicado la sentencia C-400 de 1998, cuando precisó que esos acuerdos internacionales, junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un status y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano."*

Y además agregó:

"...debido la jerarquía constitucional de esos tratados, esta Corte considera que la modificación de fronteras, que implique una cesión de territorio en relación con los límites consolidados existentes al aprobarse la Carta de 1991, requiere no sólo un nuevo tratado internacional, como lo señala el artículo 101 de la Carta, sino que, además, ese tratado debe internamente aprobarse por los procedimientos de reforma constitucional previstos por el título XIII de la Carta. En efecto, un convenio de esa naturaleza implica una mengua del territorio colombiano previsto por la Constitución, por lo cual, si es incorporado al

ordenamiento colombiano por una simple Ley aprobatoria, la Corte se vería forzada a declarar su inexecutable, por violar la soberanía nacional (CP art. 9º) y el contenido del territorio protegido por la Carta (CP art. 101). Pero la modificación de una frontera no se puede hacer únicamente por medio de una reforma constitucional, puesto que no sólo el artículo 101 de la Carta exige un tratado internacional, sino que ese requisito se infiere de la inevitable dimensión internacional de las fronteras. Por ende, una conclusión inevitable se sigue: una cesión de territorio colombiano requiere que el correspondiente tratado internacional sea aprobado internamente por los procedimientos de reforma constitucional previstos por la propia Carta."

También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra. Sentencia C-225 de 1995.

Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados.

Así, por ejemplo, mediante Sentencia T-483 de 1999 la Corte Constitucional sostuvo que aunque el derecho a la libre circulación puede ser restringido durante los estados de excepción, dicha restricción debe estar encaminada a "hacer prevalecer valiosos intereses públicos y los derechos y libertades de las personas". En vista de que ésta era la interpretación que debía dársele al derecho a la libertad de movilización de conformidad con las normas de derecho internacional que lo consagran, la Corte adujo que tales instrumentos internacionales debían entenderse incorporados al bloque de constitucionalidad como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna.

Así entonces, sostuvo que *"según el inciso segundo del art. 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*, agregando:

"Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo

tanto parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha reconocido la Corte en diferentes pronunciamientos." (Sentencia T-483 de 1999 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)

Adicional a lo anterior, la Corte sostuvo que el preámbulo de la Constitución también hace parte del bloque de constitucionalidad porque aquél delinea los fundamentos básicos y define los propósitos que confluyen a la conformación del Estado colombiano. En esta línea la Corte defendió *"la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política."* Y agregó:

"El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.

"El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

"Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.

"Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

"Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios." (Sentencia C-479 de 1992 MM.PP.DD. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero)

D. Fuerza normativa del Bloque de Constitucionalidad

De lo dicho anteriormente se tiene que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía constitucional por estar situadas a la altura de las normas del texto de la Carta y forman con el un conjunto normativo de igual rango.

El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados.

Además, las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas Bobbio, Principi Generali del Diritto, NDI, XIII, UTET, Torino, p. 887.

El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en *"eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad"*Cfr. Sentencia C-531/93, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo "Esta Corporación reitera que conforme a su jurisprudencia, la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las Leyes y de los contratos celebrados por los particulares, pues la educación y los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye un marco valorativo que impregna y condiciona todos los actos jurídicos celebrados por los coasociados." (Sentencia T-202 de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

En este sentido, por ejemplo, la Corte enfatizó en la Sentencia C-225 de 1995 que *"la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores"*.

Del mismo modo se pronunció en sentencia posterior cuando advirtió que el ordenamiento interno debía guardar armonía con los convenios de la OIT, de modo que las organizaciones competentes del Estado tenían la obligación de hacer los ajustes necesarios para garantizar su concordancia con la legislación interna.

"Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos - entre ellas, la OIT-; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio." (Sentencia T-568 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz) (Subrayas fuera del original)

Ahora bien, es claro que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones" Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las Leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más." Ignacio de Otto, Derecho Constitucional, Ariel Derecho, 1999. P-76

En conclusión, todo el ordenamiento, en su contenido positivo y en su aplicación práctica, debe adecuarse a las normas de jerarquía constitucional. Dando por sentado que las normas que integran el bloque de constitucionalidad son verdaderas normas constitucionales, bien vale entonces acoger las siguientes consideraciones de la Corte que obran como síntesis de la subordinación jurídica a que se ha hecho referencia.

"10. La Constitución Política se postula a sí misma como "norma de normas" (C.P. art. 4). El orden jurídico se reconoce como un todo primeramente en la Constitución, y a partir de

ella se desarrolla dinámicamente por obra de los poderes constituidos, pero en este caso dentro del marco trazado y con sujeción a los principios y valores superiores. No podría la Constitución orientar el proceso normativo y el conjunto de decisiones que se derivan de su propia existencia, si sus preceptos no fuesen acatados por todas las autoridades y las personas. La Corte Constitucional, cabeza de la jurisdicción constitucional, tiene asignada la misión de mantener la integridad y la supremacía de la Constitución, de lo cual depende que ésta pueda conservar su connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos.

“La afirmación del rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional, a través de las cuales esta Corporación cumple su función de máximo y auténtico intérprete de la Carta. Estas dos calidades de la Corte surgen de su posición institucional como garante de la supremacía de la Constitución, cuyo sentido y alcance le corresponde inequívocamente establecer frente a todos y cada uno de los órganos del Estado, lo mismo que frente a las personas, que igualmente le deben obediencia.” (Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Analizado el concepto del bloque de constitucionalidad, esta corporación entra al estudio particular de la norma acusada”.

1.7.3. Sentencia C-559/04

M.P. ALVARO TAFUUR GALVIS

ALFREDO VBELTRAN SIERRA

La rentabilidad financiera de las Empresas Sociales del Estado, debe interpretarse en armonía con los principios constitucionales de la seguridad social. Argumentos financieros no justifican negativa de prestación eficiente y oportuna a afiliados y afiliadas y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela. Las Empresas Sociales del Estado constituyen una nueva categoría de entidad administrativa descentralizada - Régimen jurídico -Régimen laboral de servidores. Principio de eficiencia, universalidad y solidaridad.

“... 5.5.2 La constitucionalidad condicionada de la expresión acusada

...

La Corte considera pertinente en efecto llamar la atención sobre el hecho de que la expresión *rentabilidad financiera* debe ser interpretada no de manera aislada, sino en armonía con los principios superiores previstos en los artículos 48 y 49 constitucionales en relación con el sistema de seguridad social en salud.

Dado en efecto que la *rentabilidad financiera* es una proyección apenas parcial de uno de los principios superiores que gobiernan la prestación del servicio de salud, a saber el principio de *eficiencia*, su entendimiento cabal desde el punto de vista constitucional depende entonces de su compaginación con dicho principio en su alcance específico para el caso de la prestación del servicio de salud, como con los demás principios superiores que rigen la actividad, a saber los de universalidad y solidaridad.

Al respecto cabe recordar que la Corte tuvo oportunidad de precisar de la siguiente manera el alcance del principio de eficiencia referido a entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud. Dijo la Corte:

*"Cosa distinta ocurre con las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud a que alude el artículo 14 de la Ley 617, cuya finalidad prioritaria no es la de reportar utilidades económicas sino beneficio social. Su función está directamente vinculada al cumplimiento de los fines esenciales y de las obligaciones sociales del Estado, en el marco general del Estado social de derecho (C.P., arts. 1, 2 y 49). Además de no estar comprendidas en las actividades señaladas en el artículo 336 de la Constitución, por la naturaleza de su actividad, los criterios para determinar su eficiencia no pueden ser exclusivamente de carácter económico ni de rentabilidad financiera."*¹⁶ (Subraya fuera de texto)

Ahora bien, frente a los principios de *universalidad*¹⁷ y de *solidaridad*¹⁸ una interpretación acorde con la Constitución de la expresión acusada impone que la cobertura del servicio

16 Sentencia C-837 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁷ Al respecto, la Corte ha definido el principio aludido indicando que ". La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios." Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁸ En torno del principio de solidaridad la Corte ha explicado que:

"[L]a solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el estricto seguimiento de las prescripciones legales no siempre conduce a los objetivos propuestos por el sistema. La efectividad del derecho, entendida como correspondencia entre la conducta y el contenido normativo, no siempre trae consigo la eficacia del derecho, entendida como correspondencia entre objetivos y resultados. En el Estado social de derecho no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales."

(...)

"El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familiares." Sentencia No. T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de salud frente a las limitaciones financieras del sistema se depure de cualquier tendencia discriminatoria¹⁹ y se haga prevalecer un criterio de sostenibilidad entendido bajo parámetros de largo plazo.

Así las cosas, la *rentabilidad financiera* como objetivo de rango legal para la administración de las Empresas Sociales del Estado a que se alude no debe ser entendida como una suerte de parámetro de gestión preponderante de naturaleza netamente especulativa y que tiende a toda costa a la obtención de beneficios cuya constatación sólo sea posible reflejar en los estados contables, y en un año determinado, ni mucho menos como argumento oponible a los usuarios del sistema de seguridad social en salud para justificar el sacrificio de los demás principios superiores que gobiernan el ejercicio de esta actividad²⁰.

Téngase en cuenta que el principio de *solidaridad* en materia de salud impone que *"no siempre la capacidad de pago es condición para acceder al derecho a la salud porque hay circunstancias en las cuales la salud debe protegerse aunque no haya capacidad de pago, como lo ha hecho la Corte en muchos casos en que a través de la acción de tutela se concede el amparo del derecho fundamental a la salud a quienes no tienen capacidad de pago y que requieren la atención en salud"*²¹.

La ponderación de los citados postulados superiores que ha sido objeto de permanente aplicación en la jurisprudencia de tutela proferida por esta Corporación²² evidencia la necesidad como se ha dicho de precisar el alcance que puede dársele a la expresión acusada par que ella no contrarie los principios constitucionales²³, por lo que la

¹⁹ Cfr. Sentencia SU.623 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

²⁰ Cfr. Sentencias T-746 de 2002, T-059 de 1997 y T-515 de 2000

²¹ Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentarías.

²² Sentencia T-148 de 1999. Sobre este punto la tesis de la Corte se ha mantenido inmodificable en múltiple jurisprudencia, ver entre otra las sentencias : T-812 de 1999, T-264 de 1999, T-435 de 1999, T-448 de 1999, T-832 de 1999 , T-428 de 1998, y T-752 de 2002

²³ "La Corte ha señalado que si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios. Pero si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento. En ese orden de ideas, la Corte debe entrar a definir, con base en argumentos constitucionales, si ambas interpretaciones son admisibles o no. El estudio y decisión de la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la integridad de la Carta, no sólo se limita a la simple confrontación exegética de la norma legal y la Constitución, sino que su labor hermenéutica exige dilucidar los distintos sentidos posibles de los supuestos impugnados, las

exequibilidad de los apartes examinados de los numerales 6 y 7 del artículo 4 del Decreto 1750 de 2003, se condicionará en el entendido que los argumentos financieros no justifican negarse a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud debido a los afiliados y afiliadas y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela.

....

En la misma sentencia, que transcribimos, sobre las Empresas Sociales del Estado se expuso:

Al respecto la Corte recuerda que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1750 de 2003 las Empresas Sociales del Estado creadas por ese decreto tienen por objeto la prestación de los servicios de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Dicho artículo señala que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en el capítulo III del título II sobre la organización del sistema general de seguridad social en salud, de la Ley 100 de 1993 (artículos 195 a 197).

Sobre la especificidad a que alude dicho texto cabe recordar que esta Corporación ha precisado que las Empresas Sociales del Estado son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas.

Al respecto la Corporación adujo en la Sentencia C-665 de 2000 lo siguiente:

"La Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de Seguridad Social y se dictaron otras disposiciones, definió en su artículo 94 la naturaleza de las empresas sociales del Estado en la siguiente forma:

(...)

La propia Ley 100 de 1993 establece que el objeto de las empresas sociales del Estado es la prestación de servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social.

interpretaciones que resultan intolerables y los efectos jurídicos diversos o equívocos que contrarían la Constitución." Ver Sentencia C-690 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Estas empresas constituyen, de conformidad con el ordenamiento en vigor, una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7, según el cual corresponde al Congreso determinar la estructura de la Administración Nacional, crear, suprimir y fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos "y otras entidades del orden nacional".

(...)

Es claro que las empresas sociales del Estado son entes que no pueden confundirse con los establecimientos públicos y que constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada concebida con un objeto específico que la propia legislación ha señalado y que justifica, por razón de los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el legislador, unas ciertas reglas y una normatividad también especial....

(...)

La Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las empresas sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos. La Ley señala que las aludidas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa.

(...)

Definida la naturaleza de las empresas sociales del Estado, como una nueva categoría de entidades públicas descentralizadas y diferentes de los establecimientos públicos, cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos de salud, entra la Sala al análisis de los cargos restantes hechos por el actor en su demanda"²⁴.

Cabe recordar a su vez que el artículo 83 489 de 1998 señala que las Empresas Sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en dicha Ley 489 en los aspectos no regulados por dichas Leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

Respecto dicho régimen jurídico debe igualmente destacarse que el artículo 195 de la Ley 100 de 1993²⁵ señala que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de

²⁴ Sentencia C-665-00 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Ver en el mismo sentido la Sentencia C-314/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.

empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se registrará por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993²⁶.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen laboral de los servidores públicos vinculados a las empresas sociales del Estado, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990. El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala, al efecto, que la planta de personal de las empresas sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su párrafo que *"son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones"*.²⁷ ..."

1.7.4. Sentencia C-117 /08.

M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Concurrencia de facultades de inspección, vigilancia y control con facultades jurisdiccionales en la misma superintendencia.

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

6. En materia contractual se registrará por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la Ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente Ley.

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

ARTÍCULO 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER NACIONAL. Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

²⁶ Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...)

²⁷ Ver Sentencia C-314/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

"... 4. Concurrencia de facultades de inspección, vigilancia y control con facultades jurisdiccionales en la misma superintendencia. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte pasa a abordar el cargo por violación de los principios de independencia e imparcialidad, esenciales para que se respete el debido proceso.

En varias oportunidades la Corte Constitucional ha revisado la constitucionalidad de las facultades jurisdiccionales de las superintendencias. Así, por ejemplo, en la sentencia C-1641 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) la Corte estudió las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Bancaria para conocer de las controversias que se suscitaban entre clientes y las entidades vigiladas en temas relacionados con actividades financieras, aseguradoras o provisionales.²⁸ En la sentencia C-1143 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz) se revisó la constitucionalidad de la facultad de la Superintendencia de Sociedades para interponer la acción de revocatoria concursal.²⁹ En la sentencia C-649 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se analizó la constitucionalidad de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer asuntos en materia de competencia desleal.³⁰ En la sentencia C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se juzgó la constitucionalidad de las facultades jurisdiccionales de la

²⁸ Al respecto concluyó: "14- El anterior examen es entonces suficiente para que la Corte deseche el cargo del actor sobre la supuesta vaguedad del ámbito competencial de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Bancaria, pues como quedó demostrado, las disposiciones precisan en forma suficiente el ámbito material donde se ejercen esas funciones. En efecto, es claro que esta atribución de funciones judiciales a la Superintendencia Bancaria en estos casos no sólo pretende descongestionar los despachos judiciales sino que busca que una entidad administrativa especializada pueda resolver, en forma rápida y ágil, esas controversias. Esto es importante para muchos de los clientes de las entidades financieras y bancarias, que podrían verse perjudicados si deben esperar los resultados de los procesos ante los jueces, que pueden ser más lentos, debido a los problemas de congestión judicial. Por ello, siendo el cliente la parte débil de estas relaciones contractuales, las normas acusadas los facultan para que escojan si acuden ante los jueces o ante esta entidad administrativa, con lo cual, estas disposiciones se encaminan a lograr que exista una mayor igualdad real y efectiva en este tipo de relaciones contractuales, objetivo que tiene claro sustento constitucional (CP art. 13)".

²⁹ Al respecto concluyó: "Visto lo anterior, se puede dar respuesta al problema jurídico planteado por el actor, afirmando que, lejos de ser violatoria de la imparcialidad o independencia de la Superintendencia de Sociedades, la legitimación que le otorga la disposición acusada para ejercer la acción revocatoria concursal se integra armónicamente en su catálogo legal de atribuciones, y constituye una herramienta idónea para el logro de los fines del concordato".

³⁰ Al respecto concluyó: "Cuarto, en todo caso debe garantizarse la independencia del funcionario judicial, por lo cual se condicionará la constitucionalidad de las normas acusadas en el siguiente sentido: no podrá un mismo funcionario o despacho de la Superintendencia aludida, ejercer función jurisdiccional respecto de los casos en los cuales haya ejercido anteriormente sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control".

Superintendencia de Industria y Comercio para decidir asuntos en materia de protección del consumidor.³¹

La Corte ha ido estableciendo en su jurisprudencia las condiciones bajo las cuales puede entenderse que las facultades jurisdiccionales asignadas a una Superintendencia son constitucionales: (i) las materias específicas deben estar precisadas en la Ley, (ii) no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y, (iii) al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control. Por lo tanto, no pueden ser ejercidas ambas funciones por los mismos funcionarios. Para asegurar la diferenciación estructural y funcional, la Corte ha condicionado la exequibilidad de varias disposiciones acusadas.³²

La primera y la segunda regla parten de una restricción impuesta por el artículo 116³³ de la Constitución para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas:

³¹ Al respecto: "La Corte concluye entonces que la disposición acusada es exequible, pero siempre y cuando, por los procedimientos constitucionales previstos, la estructura y funcionamiento de esa superintendencia sean ajustados para asegurar que no podrá el mismo funcionario o despacho de la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos de protección al consumidor, en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio alguna de sus funciones administrativas, ya fuere inspección, vigilancia o control en la materia. Tales tareas deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, que no tengan relación alguna de sujeción jerárquica o funcional frente a quienes dictaron o aplicaron pronunciamientos en materia de protección al consumidor que se refieran directamente al asunto que se somete a su conocimiento".

³² En la Sentencia C-649 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett) la Corte revisó las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal: "(...) en todo caso debe garantizarse la independencia del funcionario judicial, por lo cual se condicionará la constitucionalidad de las normas acusadas en el siguiente sentido: no podrá un mismo funcionario o despacho de la Superintendencia aludida, ejercer función jurisdiccional respecto de los casos en los cuales haya ejercido anteriormente sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.". Posteriormente, en la sentencia C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett) la Corte estudió la constitucionalidad de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección del consumidor. En la parte resolutive señaló: "Declarar EXEQUIBLE el artículo 145 de la Ley 446 de 1998, únicamente por los cargos estudiados en esta providencia, y siempre y cuando se entienda que, de conformidad con el fundamento 16 de esta sentencia, las funciones allí atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio deben ejercerse por funcionarios que gocen de independencia e imparcialidad."

³³ "Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. || El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. || Excepcionalmente la Ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. || Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley."

"6.- Como ya lo ha anotado esta Corte, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades no judiciales representa una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder. Ello explica que su alcance sea restrictivo ya que únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas expresamente por la Ley, que también debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible.³⁴ Sin embargo, esta Corte ha precisado que ese carácter excepcional no significa que a las autoridades administrativas no se les puedan atribuir funciones jurisdiccionales permanentes, pues lo excepcional no es aquello que no reviste el carácter de permanente sino aquello que constituye una excepción de la regla general. De otro lado, la Constitución señala campos en donde no es posible conferir atribuciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, por ejemplo la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos. Por consiguiente, la Carta establece dos primeras exigencias para el ejercicio de funciones judiciales por autoridades administrativas: (i) éstas deben estar claramente delimitadas en la Ley y (ii) no pueden recaer en ciertos ámbitos, como la investigación de delitos. Con base en esos criterios, que delimitan las posibilidades que tiene la Ley para asignar funciones judiciales a las autoridades administrativas, esta Corte ya ha admitido que las superintendencias desarrollen determinadas funciones judiciales".³⁵

El tercer requisito surge de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, y se dirige a garantizar que el ejercicio de las facultades jurisdiccionales por parte de las Superintendencias respete los principios de independencia e imparcialidad. Al respecto ha señalado la jurisprudencia:

"9.- Una interpretación constitucional sistemática del artículo 116 de la Constitución, que permite que algunas autoridades administrativas ejerzan funciones judiciales, lleva a la conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos que son exigidos a los jueces en general: el haber sido asignado por la Ley para conocer de asuntos delimitados por ella misma con anterioridad a los hechos que deba conocer, y contar con independencia e imparcialidad. En efecto, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (CP art. 228), y las normas internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales se deben interpretar los derechos constitucionales (CP art. 93), indican que toda persona tiene derecho a ser oída, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (art. 8.1 Convención Interamericana y art. 14-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

En tales condiciones, es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de otorgar funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad,

³⁴ Sentencia C-212 de 1994. MP José Gregorio Hernández Galindo.

³⁵ Sentencia C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

predeterminación e independencia que deben tener quienes ejercen funciones jurisdiccionales³⁶. De ello se concluye que las autoridades administrativas pueden tener atribuciones judiciales otorgadas por la Ley, siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias se encuentren previamente determinados en la Ley y gocen de la independencia e imparcialidad propias de quien ejercita una función judicial.

10.- La anterior doctrina no implica que el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por parte de las Superintendencias sea incompatible. La simultaneidad es admisible si no son lesionados los derechos de los sujetos procesales ni se compromete la imparcialidad del funcionario que está administrando justicia."³⁷

Este último requisito es el atinente precisamente al cargo expuesto por el accionante y al problema jurídico que se debe resolver en la presente sentencia. Con todo, dada la relación estrecha entre el principio de imparcialidad y las condiciones en las cuales funcionarios administrativos pueden ejercer funciones judiciales, esta Corporación verificará si la norma demandada, cumple los tres requisitos constitucionales subrayados por la jurisprudencia para considerar ajustadas a la Carta las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud. Advierte la Corte que este análisis no implica un juicio sobre cada uno de los elementos normativos, los cuales serán objeto de pronunciamiento específico en el evento en que sean acusados.

En cuanto al cumplimiento del primer requisito, la Ley 1122 de 2007 definió expresamente, en el artículo 41 demandado, las materias sobre las cuales deberá ejercer la función jurisdiccional la Superintendencia Nacional de Salud:

"Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un Juez, en los siguientes asuntos:

³⁶ Ver al respecto, las sentencias C-1641 de 2000, fundamentos 18 y 19, C-649 de 2001 y C-415 de 2002.

³⁷ Sentencia C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En la Sentencia 1641 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), se resaltó el riesgo que justifica esta exigencia "(...) bien puede la Ley atribuir funciones judiciales a las superintendencias, tal y como lo hacen las disposiciones acusadas. Sin embargo, el actor acierta en señalar que en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228)."

- a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;
- b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;
- c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)"

Entre estas materias que son objeto de la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, ninguna coincide con aquellas proscritas por la Constitución – instrucción de sumarios y juzgamiento de delitos -. Inclusive se indica en el párrafo primero: *"La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal."*

En cuanto al cumplimiento del tercer requisito -la diferenciación estructural y funcional entre el ámbito de las funciones de inspección, vigilancia y control y el propio de las funciones jurisdiccionales- la Corte ha encontrado que existen, en principio, tres maneras en las que estos dos ámbitos pueden estar regulados en las normas acusadas. En primer lugar, pueden ser separables los dos ámbitos y estar, en consecuencia, garantizada completamente la imparcialidad. En el otro extremo, pueden superponerse el ejercicio de las funciones administrativas con las jurisdiccionales, de manera que resulte vulnerado el principio de imparcialidad en el ejercicio de estas últimas. O bien, en tercer lugar, pueden existir riesgos de interferencias entre ambas funciones pero a la vez resultar razonable ajustar la estructura y el funcionamiento de la entidad para proteger la imparcialidad.

En la sentencia C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), repasando las providencias anteriores en las cuales se habían aplicado estas reglas, la Corte señaló: *"(...) esta Corte ha exigido, en forma invariable, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que es reiterada en la presente oportunidad. La diferencia en el sentido de las decisiones en los tres casos deriva de la distinta relación entre el ejercicio de las funciones judiciales por las superintendencias, y el*

desarrollo de labores de inspección, vigilancia y control por esas mismas entidades. Así, si es posible distinguir con claridad el ámbito de la función judicial de aquel desarrollado en las labores de vigilancia y control, entonces la imparcialidad e independencia no se ven comprometidas. Por ello, la sentencia C-1143 de 2000 declaró la constitucionalidad de la posibilidad de que la Superintendencia de Sociedades pudiera incoar la acción revocatoria concursal. Por el contrario, si las funciones judiciales y de vigilancia y control se encuentran tan íntimamente ligadas dentro de la superintendencia respectiva que resulta imposible autonomizar la función judicial dentro de la entidad, entonces la decisión que se impone es la declaración de inexequibilidad de la atribución de funciones judiciales a esa superintendencia, tal y como lo hizo la Corte en la sentencia C-1641 de 2000 en relación con ciertas funciones judiciales de la Superintendencia Bancaria. Finalmente, si existen interferencias entre las funciones judiciales y las labores de vigilancia y control, pero es razonable suponer que la propia entidad puede ajustar su estructura y funcionamiento para proteger la imparcialidad de la función judicial, entonces la decisión más adecuada es recurrir a una sentencia de constitucionalidad condicionada, tal y como lo hizo la sentencia C-649 de 2001 en relación con las atribuciones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal."

Para constatar en cuál de estas alternativas se inscriben las facultades jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, es necesario verificar cómo se encuentra estructurada dicha entidad. El Decreto 1018 de 2007, "por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones", transformó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, y creó mediante el artículo 22 la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, la cual tiene a su cargo exclusivamente el ejercicio de la función jurisdiccional.³⁸

³⁸ "Artículo 22. Funciones de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación tendrá las siguientes funciones:

1. Conocer y fallar en derecho en primera o única instancia, de acuerdo con la Ley, a petición de parte, con carácter definitivo y con las facultades propias de un Juez, los siguientes asuntos delegados por el Superintendente Nacional de Salud. El recurso de apelación se hará ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

Por otra parte, el mismo decreto creó la Superintendencia Delegada para la Atención en Salud conformada por la Dirección General de Calidad y de Prestación de Servicios de Salud y la Dirección General de Aseguramiento (artículo 17), la cual tiene entre sus funciones todo lo relacionado con la inspección, vigilancia y control del cumplimiento del POS (numeral 2), de la atención inicial de urgencias (numeral 5), afiliaciones múltiples y la libre elección (numerales 37 y 38, entre otros). Así mismo, creó otras delegadas para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en diferentes temas (Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para Salud (artículo 14), Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana (artículo 20) y Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales (artículo 21)).

Esta nueva estructura funcional creada por el Decreto 1018 de 2007 separa el ámbito del ejercicio de las funciones jurisdiccionales del correspondiente a las funciones de inspección, vigilancia y control. Esto daría lugar a considerar que se trata de la primera hipótesis enunciada por la jurisprudencia, es decir, el caso de una distinción clara de ambas funciones y estructuras que permite garantizar la imparcialidad. Con todo, es pertinente recabar en varios aspectos.

Primero, teniendo en cuenta que en la práctica deberá surtir un proceso de transición en la modificación de la estructura de la entidad y que los funcionarios que formen parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y la Conciliación pudieron haberse pronunciado en ejercicio de sus funciones previas de inspección, vigilancia y control sobre casos que luego sean objeto de reclamo judicial, es necesario asegurar que el mismo funcionario no haya intervenido en ellos al ejercer funciones administrativas puesto que ello afectaría su imparcialidad y desconocería el debido proceso.

Segundo, el funcionario que ejerza las funciones jurisdiccionales debe hacerlo de manera independiente, lo cual excluye que sobre el mismo un superior pueda invocar relaciones de jerarquía acudiendo a las normas que se aplican en el plano administrativo, exclusivamente, y que no son compatibles con la actividad jurisdiccional. Por ejemplo, impartir instrucciones sobre cómo fallar u obedecer tales instrucciones, así como escoger a dedo el funcionario que habrá de ocuparse jurisdiccionalmente de un asunto o aceptar que no haya un procedimiento neutral de reparto de asuntos para conocimiento y fallo, no es constitucionalmente admisible. Suponer que las relaciones de jerarquía, propias de las

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)”

estructuras administrativas, también operan cuando un funcionario administrativo ha de proferir fallos en ejercicio de funciones jurisdiccionales es contrario al debido proceso.

Entonces, en atención a estas consideraciones, se condicionará la exequibilidad de la disposición acusada en el entendido de que no podrá el mismo funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de alguna de sus funciones administrativas, ya fuere de inspección, vigilancia o control. ..."

1.7.5. Sentencia C-119 /08

M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, procedimiento, recurso de apelación competencia. Procedencia de la tutela.

...

"3.4 En todo caso, la Corte estima oportuno recordar que, en virtud de la remisión hecha por el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 al artículo 148 de la Ley 446 de 1998³⁹, el procedimiento que debe ser seguido por las superintendencias cuando ejercen funciones judiciales, es el señalado en esta última disposición.

Ahora bien, dicho artículo **148 de la Ley 446 de 1998**, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999, contiene una garantía adicional del principio de independencia e imparcialidad judicial, que radica en que el superior jerárquico de los funcionarios de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, esto es el Superintendente, no tiene dentro de sus competencias la de conocer del recurso de apelación respecto de esas decisiones; en efecto, según se desprende de lo reglado por el inciso tercero de esa norma: *"(l)os actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas (...)"*.

La Corte precisó el alcance de este inciso en dos sentidos:

(i) En la Sentencia C-384 de 2000⁴⁰ aclaró que la primera parte del inciso debe entenderse sin perjuicio de la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones judiciales de las superintendencias y de las acciones contencioso administrativas en caso que dichos entes actuaren excediendo sus competencias jurisdiccionales.

39 "PARÁGRAFO 2o. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998."

40 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

(ii) En la sentencia C-415 de 2002⁴¹ precisó que la expresión “ante las mismas” de la parte final del referido inciso, se refiere a las autoridades judiciales que fueron desplazadas por las superintendencias, de forma que “la autoridad judicial llamada a tramitar la apelación será entonces el superior jerárquico del Juez al cual desplazó la Superintendencia”.⁴²

En este orden de ideas, en lo referente a las competencias judiciales asignadas por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 a la Superintendencia Nacional de Salud, es fácil concluir que el fallo definitivo y la decisión por la cual dicha entidad se declare incompetente son apelables ante el Juez que sea el superior jerárquico del Juez que hubiere sido desplazado por esa entidad administrativa.

En ese mismo sentido, el Decreto 1018 de 2007 reza así:

“Artículo 22. Funciones de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación tendrá las siguientes funciones:

5. Conocer y fallar en derecho en primera o única instancia, de acuerdo con la Ley, a petición de parte, con carácter definitivo y con las facultades propias de un Juez, los siguientes asuntos delegados por el Superintendente Nacional de Salud. El recurso de apelación se hará ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

...”. (Negritas y subrayas fuera del original)

Ahora bien, para determinar cuáles son las autoridades judiciales que originalmente tuvieron la competencia asignada a la Superintendencia, cuyo superior jerárquico está llamado a tramitar el recurso de apelación respecto de las decisiones judiciales de asignadas por la norma bajo examen, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social⁴³ le asignó a la jurisdicción laboral y de seguridad social el conocimiento de “las controversias referentes al sistema de seguridad

41 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

42 La Corte advirtió que era menester precisar cuáles eran las “autoridades judiciales” ante las cuales se surtiría el recurso de apelación, pues si este asunto no podía ser precisado, ello conduciría necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pues esa imprecisión vulneraría los derechos al debido proceso y al juez natural. Al respecto, consideró que si la Superintendencia suplía excepcionalmente la competencia de un juez dentro de la estructura jurisdiccional ordinaria, la autoridad judicial llamada a tramitar la apelación era “el superior jerárquico del juez al cual desplazó la Superintendencia.”

43 Según la nueva denominación dada por la Ley 712 de 2001, “por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo”.

social integral que se susciten entre los afiliados y afiliadas, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan" (artículo 2º numeral 4º⁴⁴). Conforme a la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral está compuesto por "los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios" (art.8º). Es decir, que la jurisdicción laboral tiene asignado, entre otros asuntos, el conocimiento de las controversias que se susciten en razón del servicio público de salud, como componente del sistema de seguridad social integral. Sobre la competencia para tramitar estos asuntos, el mismo Código establece que los jueces laborales del circuito conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda del equivalente a diez (10) veces el salario mínimo legal mensual vigente y en primera instancia de todos los demás (art.12). De los asuntos que no sean susceptibles de fijación de cuantía, conocerán los mismos jueces laborales del circuito en primera instancia (Art.13)⁴⁵. A su vez, las salas laborales de los tribunales superiores de distrito judicial conocerán, entre otros asuntos, de los recursos de apelación contra los autos susceptibles de dicho recurso y contra las sentencias proferidas en primera instancia (art.15). Lo anterior significa que en el caso de las atribuciones judiciales asignadas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 a la Superintendencia Nacional de Salud (conflictos de la seguridad social en salud relacionados con coberturas del POS, reembolso de gastos de urgencia, multiafiliación y libre elección y movilidad dentro del sistema), dicha entidad desplaza, a prevención, a los jueces laborales del circuito (o civiles del circuito en los lugares en que no existen los primeros), cuya segunda instancia está asignada a la Sala Laboral de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En ese orden de ideas, las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los

44 Declarado exequible en Sentencia C-1027 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández: "Mediante la Ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, se perfecciona el gran avance logrado por la Ley 362 de 1997, pues al delimitar el campo de la jurisdicción laboral en el artículo 1º de dicho ordenamiento se anuncia que en adelante el Código Procesal del Trabajo se denominará Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, agregando que los asuntos de que conoce la jurisdicción ordinaria "en sus especialidades laboral y de seguridad social" se tramitarán de conformidad con dicho Código. Así mismo, en el artículo 2º de la Ley en mención se regula la competencia general de la jurisdicción ordinaria "en sus especialidades laboral y de seguridad social", atribuyéndole en su numeral 4º acusado el conocimiento de las controversias referentes al "sistema de seguridad social integral" que se susciten entre los afiliados y afiliadas, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan".

45 En cuanto a la competencia por razón del territorio el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece: "ART. 11. —Modificado. L. 712/2001, art. 8º. Competencia en los procesos contra las entidades del sistema de seguridad social integral. En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante.

En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos procesos el respectivo juez del circuito en lo civil".

Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia.

3.5 En todo caso, la Corte hace ver que no se pronuncia sobre la idoneidad del procedimiento que debe observar la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, asunto este que no forma parte de los cargos de la demanda, como tampoco sobre la salvaguarda del derecho de acceso a la Administración de Justicia, cargo que tampoco fue propuesto en la acusación.

4. Examen del segundo cargo de inconstitucionalidad, referente a la presunta vulneración del debido proceso, por la supuesta competencia exclusiva del Juez de tutela para decidir en casos concretos la cobertura del plan obligatorio de salud.

4.1 Según se explicó arriba, el segundo cargo de inconstitucionalidad que se formula en la demanda consiste en afirmar que cuando la Superintendencia ejerza las funciones judiciales que le han sido otorgadas a para definir en ciertos casos la cobertura del plan obligatorio de salud (cuando su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario), esta entidad incurrirá en una violación del debido proceso (C.P art. 29), porque sólo los jueces de tutela tienen la competencia para amparar el derecho a la salud inaplicando normatividad de rango legal o reglamentario.

Ciertamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ahora bajo examen, otorga a la Superintendencia Nacional de Salud competencias jurisdiccionales para *"conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un Juez"*, entre otros asuntos, aquel referente a la *"(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario"*⁴⁶.

Se trata de una competencia que sólo puede ser ejercida *"a petición de parte"*⁴⁷, en aquellos casos concretos en que la negativa de un servicio esté poniendo en riesgo o amenazando la salud del usuario, como la misma disposición acusada lo dice. Por lo tanto, estas competencias judiciales en modo alguno pueden ser confundidas -como lo afirma uno de los intervinientes- con aquellas otras de regulación socioeconómica conferidas a la Comisión de Regulación en Salud, CRES, por el artículo 7° de la misma Ley 1122 de 2007⁴⁸,

46 Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, aquí acusado, literal a).

47 Cf. Parágrafo 1° de la disposición acusada.

48 "Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

"1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados y afiliadas según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

pues estas últimas no son judiciales sino regulatorias, y se adoptan mediante decisiones generales y abstractas, y no en casos concretos en que media negativa de la EPS.

4.2 Ahora bien, visto lo anterior, la Corte estima que el cargo bajo estudio no está llamado a prosperar, por cuanto parte de una comprensión incorrecta de la naturaleza de la acción de tutela, por un lado, y de la excepción de inconstitucionalidad, por otro.

En efecto, según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política⁴⁹, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un Juez, asuntos referentes a la *"(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario"*⁵⁰, en modo alguno estará desplazando al Juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder *"como mecanismo transitorio"*, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten *ineficaces* para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que *"la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas."*⁵¹

De otro lado, el cargo que se analiza parte también de otro supuesto errado al considerar que sólo el Juez de tutela puede inaplicar por inconstitucional la normatividad que

"2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.

..."

49 Según lo prescribe este inciso, "esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

50 Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, aquí acusado, literal a).

51 Sentencia T-067 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela ante la ineficacia del mecanismo de defensa judicial alternativo, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-414 de 1992 y SU-961 de 1999.

consagra los procedimientos, tratamientos y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS, cuando dichas normas consagran exclusiones que en el caso concreto pongan en riesgo la vida o la dignidad de las personas. Ciertamente, esta inaplicación es una forma de ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, que no es una posibilidad reservada a los jueces constitucionales sino que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Política, debe ejercerse por todos los jueces que, al estar llamados a aplicar una disposición jurídica en un caso concreto, encuentren que ésta resulta incompatible con la Constitución. En efecto, el artículo 4° superior indica con toda claridad que *“(e)n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. (Destaca la Corte)

Así las cosas, cuando en ejercicio de funciones jurisdiccionales la Superintendencia Nacional de Salud encuentre que la aplicación de las normas que definen la cobertura del POS o del POSS, en el caso concreto conlleva la vulneración de derechos fundamentales como el de la salud en conexión con la vida o con la dignidad, deberá inaplicar dicha normatividad.

Por todo lo anterior, no encuentra la Corte que este segundo cargo de inconstitucionalidad esgrimido en la demanda esté llamado a prosperar, por lo cual, únicamente respecto de él, en la parte resolutive de la presente decisión declarará la exequibilidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007”

1.7.6. SENTENCIA T-267/06

M.P. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Alcance de los principios de progresividad y continuidad en el servicio de salud. Régimen especial de seguridad social en salud para los docentes afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Régimen de beneficiarios de servicios de salud. ACTO ADMINISTRATIVO, viabilidad de la tutela a pesar de la existencia de otro medio de defensa.

“... 1.- Relación temática de los expedientes acumulados.

La controversia suscitada en todos los expedientes acumulados tiene como punto de origen, la exclusión de la calidad de beneficiarios directos en materia de salud, a los padres de los docentes casados o solteros con hijos, pese a que dependan económicamente de éstos. La mencionada exclusión fue adoptada por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del Acuerdo N° 004 de julio 22 de 2004 *“Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo*

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"⁵², que se vio reflejada en los términos de referencia de la invitación pública N° 143 de enero 18 de 2005⁵³, mediante la cual la Fiduciaria La Previsora S.A. (quien en virtud de un contrato de fiducia mercantil con el Ministerio de Educación Nacional maneja los recursos del Fondo), por delegación de la Junta Directiva del Fondo, seleccionó y contrató las instituciones⁵⁴ que en último término prestan los servicios medico asistenciales de los docentes y sus beneficiarios.

... ..

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

....

2. Problemas jurídicos.

En esta oportunidad corresponde a la Sala establecer, en primer término, (i) si dadas las circunstancias particulares la acción de tutela resulta procedente para controvertir la decisión del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que dispone nuevas condiciones contractuales para el acceso y prestación de los servicios médico-asistenciales a los afiliados y afiliadas. Sólo de llegarse a la conclusión de que la tutela tiene vocación de procedibilidad, se analizará (ii) si la decisión del Fondo vulnera los derechos fundamentales de los accionantes, teniendo en cuenta que son personas de la

⁵² Acuerdo N° 004 de julio 22 de 2004: Numeral 2° Art. 1°: "Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforme a las siguientes características fundamentales:

(...) 2. COBERTURA. El Consejo Directivo acordó que los beneficiarios del sistema de salud de los docentes son los existentes hoy en día en el modelo vigente, nivelando nacionalmente con las siguientes adiciones:

a. Los hijos del afiliado entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y que estudien con dedicación de tiempo completo.
b. Los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado.
c. Los nietos del docentes hasta los primeros 30 días de nacido, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado".

⁵³ Términos de Referencia Servicios de Salud – Invitación Pública N° 143 de 2005: "Capítulo Noveno. 9. Condiciones y especificaciones técnicas para la prestación de los servicios. 9.1. Plan de Atención para afiliados y afiliadas y beneficiarios. (...) Beneficiarios: El grupo de beneficiarios de los afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, podría estar conformado por el grupo familiar descrito a continuación:

El Cónyuge; el compañero (a) permanente cuya unión sea superior a dos años, según lo establecido en las normas vigentes; los hijos de los educadores hasta los 18 años de edad; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente; los hijos entre 19 y 25 años, siempre y cuando se demuestre dependencia total del educador afiliado y se acredite su condición de estudiante diurno (validada semestral o anualmente según corresponda); se debe incluir para estos casos los periodos de vacaciones; Las hijas de los beneficiarios según coberturas anteriores y que se encuentren en estado de embarazo, así como su recién nacido hasta los primeros treinta días de edad; los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este".

⁵⁴ Las I.P.S. deben someterse a los parámetros señalados en los Acuerdos N° 004 y 013 de 2004, a los términos de referencia de la invitación pública y finalmente en el contrato celebrado con la Fiduciaria.

tercera edad, con graves afecciones de salud, que dependen económicamente de sus hijos docentes y que no cuentan con un servicio de salud propio.

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial; (ii) el régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, (iii) los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud.

3. Viabilidad de la acción de tutela pese a existir otros mecanismos de defensa judicial. Procedencia en los casos concretos.

...

3.2. Ahora bien, a pesar de la existencia de otro medio de defensa, el Constituyente dispuso que, como excepción a la regla general, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando lo pretendido sea evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Un perjuicio se califica como irremediable cuando es (i) *cierto e inminente*, es decir, que no se debe a meras conjeturas y que amenaza o está por suceder; (ii) *de urgente atención*, lo que significa que la medida que se requiera para conjurar el perjuicio ha de adoptarse de manera urgente con el fin de evitar que se consume un daño irreparable, y (iii) *grave*, pues no basta con la presencia de cualquier perjuicio, sino que el mismo ha de ser relevante *lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona*⁵⁵.

Por otra parte, esta Corte ha manifestado que si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del *perjuicio irremediable* arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En el mismo sentido se puede consultar, entre muchas otras, la Sentencia T-1316 del 7 de diciembre de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yépes).

⁵⁶ Cfr. Sentencias T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

3.3. Esta Corporación en anteriores ocasiones se ha pronunciado sobre conflictos semejantes a los ahora suscitados, originados por la negación de la afiliación de los accionantes al sistema de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al evaluar la Corte las condiciones de procedibilidad de las tutelas, encontró que dadas las particularidades concretas, no se configuraban en ellas la inminencia de un perjuicio irremediable, por tanto, debía acudirse a las vías judiciales ordinarias procedentes.

Es así como en la Sentencia T-348 de 1997⁵⁷ la Corte consideró:

"En efecto, las decisiones que adopte la IPS en ejecución del contrato, los términos de este último e incluso las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se traducen en actos que son susceptibles de impugnación judicial por medios ordinarios que, en principio, desplazan a la acción de tutela.

"Ciertamente, la jurisdicción civil es la competente para conocer acerca de cualquier controversia que se suscite con ocasión del cumplimiento del contrato de prestación de servicios de salud celebrado con Cooperadores I.P.S. S.A. En consecuencia, si el actor estima que el contratista esta incumpliendo los términos del mencionado acuerdo puede acudir a la administración de justicia para que, a través de un proceso civil ordinario, se resuelva su solicitud. De otra parte, no pueden dejar de mencionarse otros mecanismos que, pese a no tener carácter judicial, ofrecen al actor alternativas para la defensa de sus intereses. Así por ejemplo, le resulta posible acudir a la Superintendencia de Salud o al Comité Regional del Fondo de Prestaciones del Magisterio del Departamento del Valle del Cauca⁵⁸ con el fin de que estas entidades verifiquen el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

"Sin embargo, si lo que el actor quiere impugnar es el contenido mismo del citado acuerdo, por considerar que vulnera normas de rango constitucional, podría solicitar la declaratoria de una

⁵⁷ En esta sentencia la Corte resolvió una acción de tutela instaurada por un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya hija - mayor de edad y discapacitada - no había sido reconocida por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud como beneficiaria de los servicios médicos. La IPS fundamentaba su decisión en las limitaciones establecidas en el contrato celebrado con el Fondo para la prestación de tales servicios, de conformidad con los lineamientos impartidos por el Consejo Directivo del Fondo mediante un Acuerdo. En este caso la Sala de Revisión concluyó que la tutela era improcedente por cuanto (i) el actor contaba con otros medios de defensa judicial alternativos a la acción de tutela; y (ii) no se había demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, dado que la condición de salud de la niña no revestía gravedad, y que sus padres contaban con capacidad económica para su sostenimiento y tenían un contrato de medicina prepagada.

⁵⁸ Según el contrato suscrito entre la Previsora LTDA y Cooperadores IPS SA, este Comité es el encargado de ejercer la supervisión sobre la ejecución y cumplimiento del mencionado contrato.

nulidad absoluta por objeto ilícito (C.C., artículos 1519, 1741 y 1742) a través de un proceso civil ordinario (C.P.C., artículos 397 a 407)."

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-905 de 2004⁵⁹, al establecerse que se trataba del mismo problema jurídico, decidiéndose como consecuencia, confirmar la decisión que negó la solicitud de amparo.

No obstante la posición anterior, cuyo resultado fue fruto de las condiciones particulares de los actores, la Corte en recientes pronunciamientos (Sentencias T-351 de 2005⁶⁰ y T-015 de 2006⁶¹) decidió conceder el amparo, pese a establecer la procedencia de otros mecanismos de defensa judicial, pues evidenció la inminencia de un perjuicio irremediable en cabeza de los actores, quienes pertenecían a la tercera edad, padecían graves enfermedades, dependían económicamente de sus parientes y no estaban afiliados y afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud en ninguno de los regímenes.

3.4. En esta oportunidad los actores buscan ser nuevamente incluidos como beneficiarios de sus hijos docentes al sistema de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como se encontraban meses atrás, antes de la decisión del Consejo Directivo del Fondo de modificar la cobertura de beneficiarios, que terminó por excluirlos.

En primer lugar, resulta claro que para este tipo de conflictos proceden otros mecanismos de defensa judicial como lo destacan las sentencias atrás aludidas, pues se están controvirtiendo los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que por lo demás, se tratan de actos de carácter general, impersonal y

⁵⁹ En esta sentencia la Corte se pronunció sobre una acción de tutela interpuesta por una docente contra una IPS que se había negado a recibir a su madre de 74 años de edad y a su hijo de 20 años, quienes dependían económicamente de ella, dentro del Plan de Atención para Beneficiarios. La IPS argumentaba que, según el contrato suscrito con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a través de la Fiduprevisora: (i) los padres de los docentes no podían ser inscritos en el régimen de los beneficiarios, salvo que el educador fuera soltero y sin hijos y (ii) los hijos podían tener el carácter de beneficiarios, siempre que se probara que dependían económicamente de la actora y que eran estudiantes de tiempo completo en una entidad debidamente acreditada. La Sala concluyó que la tutela era improcedente. Al respecto afirmó que la actora contaba con otro mecanismo judicial y que no se advertía la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que i) la situación de salud de la madre no revestía gravedad y su derecho a la salud se encontraba garantizado al estar afiliada a una EPS; y ii) dentro del expediente no se había acreditado que el hijo dependiera económicamente de la actora ni que ostentara la calidad de estudiante.

⁶⁰ Esta sentencia versó sobre una demanda instaurada por una pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que exigía la inclusión de su padre de 92 años como beneficiario, luego de que la EPS se hubiera negado a afiliarlo.

⁶¹ Esta sentencia refirió al caso de tres señoras pertenecientes a la tercera edad, que fueron excluidas como beneficiarias en salud de sus hijos docentes, por estar éstos casados o ser solteros con hijos, de acuerdo a lo establecido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

abstracto, con repercusiones en materia contractual. No obstante, la Sala considera que en esta ocasión debe estudiarse la procedencia de la acción desde una perspectiva de admisibilidad amplia y favorable, pues se evidencia que los accionantes se encuentran ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues todos pertenecen a la tercera edad⁶², siendo sujetos de especial protección constitucional por sus condiciones de debilidad manifiesta⁶³. Igualmente, los actores padecen graves afecciones de salud que requieren de permanente control y tratamiento⁶⁴, y no se encuentran afiliados y afiliadas a ningún plan de atención dentro del sistema de seguridad social. Y, por último, afirman no contar con ingresos propios ni estar pensionados, dependiendo económicamente de sus hijos docentes. Estas afirmaciones no fueron en forma alguna controvertidas.

No sobra aclarar, que la acción de tutela procede de forma excepcional frente a actos generales, impersonales y abstractos⁶⁵, cuando de su aplicación surja la afectación en

⁶² Ana Belén Ordóñez (T-1218408) de 69 años de edad, María Lilia Castaño (T-1218446) de 58 años, Filadelfo Yoscu Alfonso (T-1218447) de 75 años, Jorge Guillermo Niño Jiménez (T-1218448) de 86 años, Tránsito Prieto Gutiérrez (T-1232348) de 84 años, María Luisa Ceballos (T-1239608) de 76 años, Hersilia Téllez de Delgado (T-1241416) de 81 años, Octavio Gómez (T-1243539) de 89 años y Anais Elvira Gómez (T-1278720) de 78 años.

⁶³ En sentencias T-892 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, esta Corporación afirmó: "(...) el amparo por vía de tutela es procedente cuando el titular del mismo es una de las personas que, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiera de una especial protección en razón a su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad, entre otros. // La Corte Constitucional también ha reconocido que quienes pertenecen a la tercera edad, gozan de un derecho de trato o protección especial, el cual conlleva, entre otras posibilidades, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de posibilidad de una vida digna." Ver también entre otras, las sentencias, T-801/98, MP Eduardo Cifuentes M., T-252/02, MP Álvaro Tafur Galvis y T-090/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁴ Ana Belén Ordóñez padece de hipertensión arterial; María Lilia Castaño padece de diabetes, hipertensión arterial y neumonía, sufrió un infarto, se le realizó una revascularización cardiaca; Filadelfo Yoscu Alfonso perdió su ojo derecho y padece de ceguera parcial del izquierdo, le fue implantado un lente intraocular; Jorge Guillermo Niño Jiménez padece de insuficiencia respiratoria y coronaria, le fue implantado un marcapasos y es oxígeno-dependiente; Tránsito Prieto Gutiérrez padece de hipertensión arterial; María Luisa Ceballos sufre de hipertensión arterial; Hersilia Téllez de Delgado padecer graves problemas de tensión; Octavio Gómez padece de bronquitis crónica; y, Anais Elvira Gómez sufre de diabetes, arritmia cardiaca, osteoporosis y epoc pulmonar.

⁶⁵ El control constitucional que se ejerce a través de la acción de tutela no procede contra los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto (Decreto 2591/91, art. 6o., num. 5o.), sino frente a la materialización en un caso particular de la vulneración de los mandatos constitucionales que sus preceptos puedan producir; toda vez que, como lo ha señalado la Corporación: "en principio, la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos únicamente puede desvirtuarse mediante la nulidad declarada por la correspondiente jurisdicción. No obstante, ellos pueden inaplicarse en el caso concreto si son incompatibles con la Constitución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4º de ésta"(Sent. T-450/94).

concreto de los derechos fundamentales de sujetos en particular, tal como se sostuvo en la Sentencia T-1098 de 2004⁶⁶, según la cual:

"En estas condiciones, para la Sala resulta claro que el requisito controvertido por el actor está vertido en un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, en el cual se plasma la voluntad de la administración que, para el caso sometido a examen, corresponde a la de llevar a cabo un proceso de selección. Así mismo, se tiene que esta decisión se expresa con fundamento en una competencia legal asignada al director de la institución y todas las características descritas le otorgan a su vez la vocación de producir plenos efectos jurídicos, al tiempo que la ampara con la presunción de legalidad de que gozan este tipo de actos.

(...)

Así las cosas, es claro que escapa de la competencia del Juez de tutela la pretensión que subyace en los argumentos expresados por el accionante, de que actúe como Juez abstracto del contenido de un acto administrativo de tal naturaleza. Ello sin embargo, no impide al Juez que conoce del amparo entrar a determinar si tales contenidos pueden lesionar derechos fundamentales en un evento particular, caso en el cual puede proceder ordenando su inaplicación, que no equivale en modo alguno a un pronunciamiento definitivo sobre la validez del acto.

En efecto, la Corte ha admitido en su jurisprudencia la posibilidad de que el Juez de tutela ordene la inaplicación de normas de rango legal y de los actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en aquéllas⁶⁷, cuando verifique que por su empleo se ocasiona la vulneración de derechos fundamentales en un caso particular. Bajo esta lógica, nada impide, entonces, que también respecto de actos administrativos de carácter general se actúe en consecuencia, esto es, ordenando su inaplicación cuando se advierta que son la causa inmediata de la vulneración de derechos fundamentales en un caso específico" (Negrilla fuera de texto).

Por todo lo anterior, la Sala observa en los casos sometidos a revisión, que a pesar de contar los accionantes con otro mecanismo judicial para reclamar sus derechos, sus condiciones específicas de vida hacen temer que se configure un perjuicio irremediable si no se adopta una decisión pronta sobre sus demandas. De esta manera, desde la perspectiva de admisibilidad amplia propia de este tipo de casos, se aprecia que el perjuicio irremediable que se pretende prevenir con la acción de tutela de la referencia es:

⁶⁶ En esta sentencia la Corte se pronunció sobre una convocatoria pública del INPEC, mediante la cual se invitaba a participar a quienes hubieren prestado su servicio militar en la institución, en el proceso de selección para proveer los 200 cupos disponibles para el curso de complementación No. 11 de 2003 para dragoniantes. En el numeral 20 de los denominados requisitos para la inscripción se estableció el de: "Tener una estatura mínima de 1.65 mtrs."

⁶⁷ Cfr. Sentencia C-397 de 1997, entre otras. Así ocurre, también, en las múltiples sentencias expedidas por esta Corporación en las que se ordena inaplicar normas del Plan Obligatorio de Salud –POS– para permitir el acceso a ciertos medicamentos o procedimientos a personas que por sus circunstancias particulares ven vulnerados sus derechos fundamentales de tenerse que someter a dichas reglas.

(a) cierto e inminente - puesto que se ha acreditado que los actores no están afiliados y afiliadas a ningún sistema de seguridad social en salud; (b) grave - dado que la salud de los accionantes se encuentra comprometida; y (c) de urgente atención - por cuanto, dadas sus condiciones personales, exigirles que adelanten los procesos judiciales ordinarios equivale a desproteger por completo su salud y bienestar durante un largo período, lo cual contraría claras disposiciones constitucionales sobre la especial protección que se debe dispensar a este grupo de población.

Dentro de este contexto, se concluye que las acciones de tutela en esta oportunidad son el medio idóneo para proteger los derechos fundamentales de manera inmediata, eficaz y completa, en aras de prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

4. El régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4.1. La propia Ley 100 de 1993, en su artículo 279, reconoce la existencia de una serie de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares están excluidos de la aplicación de la normatividad general. Tal es el caso de los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, los afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los trabajadores de las empresas en concordato preventivo y obligatorio que hayan pactado sistemas especiales de protección de las pensiones mientras dure el proceso concursal y los trabajadores de Ecopetrol, quienes, entonces, se rigen por normas especiales. En palabras de la Corte, “[t]ales regímenes consagran derechos adquiridos por los mencionados sectores laborales, gracias a reivindicaciones colectivas que fueron defendidas por sus voceros ante el Congreso de la República, justamente, para que no fueran desconocidas por el sistema general de pensiones y salud”⁶⁸.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - al cual deben afiliarse todos los docentes del servicio público educativo que se encuentren vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales⁶⁹ - fue creado mediante la Ley 91 de 1989⁷⁰.

⁶⁸ Sentencia T-348 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁶⁹ Así lo estipula el artículo 1º del Decreto 3752 de 2003, “Por el cual se reglamentan los artículos 81 de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁰ Las siguientes normas de la Ley establecen lo relativo a su creación, administración de recursos, objetivos, funciones y máximo órgano de dirección:

- El artículo 3º creó el Fondo “como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital”. El artículo autoriza al Gobierno para suscribir un contrato de fiducia mercantil. Dentro de este marco, el Presidente de la República delegó la celebración del contrato de fiducia en el Ministro de Educación Nacional y en cumplimiento de tal

Para lo que interesa en esta ocasión, se tiene que los afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir, los docentes, constituyen uno de los grupos que en materia de seguridad social, y por señalamiento expreso del artículo 279, se encuentran sujetos a disposiciones especiales. En relación con los docentes afiliados y afiliadas al fondo, es menester precisar que esta Corporación tuvo oportunidad de analizar el punto de si resultaba arbitrario exceptuarlos de los derechos y obligaciones de la Ley 100 de 1993, concluyendo que tal excepción persigue inicialmente un objetivo legítimo, ya que procura la protección de sus derechos adquiridos y el cubrimiento integral de su seguridad social.

En ese orden, por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación y cuyos recursos son administrados y manejados por una entidad fiduciaria estatal, la que hoy en día es La Previsora S.A.

Como complemento de lo anterior, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a éste; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a

mandato fue suscrito el correspondiente contrato de fiducia mercantil, el cual se encuentra actualmente vigente, con la empresa Fiduprevisora S.A.

- El artículo 5° establece los objetivos del Fondo, entre los cuales se encuentra el de "garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales [del personal afiliado], que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo."

- El artículo 6 establece que el Consejo Directivo del Fondo estará compuesto por el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro; los Ministros de Hacienda y de Trabajo o Seguridad Social, o sus delegados; dos representantes del magisterio y el gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, este último únicamente con derecho a voz.

- El artículo 7° establece que dentro de las funciones del Consejo Directivo del Fondo se encuentran:

"1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo..."

"2. Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo;

"3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo;

"4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.

"5. Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación

"6. Las demás que determine el Gobierno Nacional."

cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo⁷¹.

De esta manera, resulta claro que de acuerdo con las atribuciones del Fondo del Magisterio, es a este Fondo a quien le corresponde tomar las decisiones, encaminadas a que sus afiliados y afiliadas gocen de protección en seguridad social en salud.

4.2. Es cierto que por medio de la normatividad citada se les busca garantizar a los docentes afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la prestación de los servicios médico-asistenciales. Sin embargo, no existe una regulación especial que permita definir con exactitud cuáles son los servicios mínimos a los que tienen derecho. Lo mismo ocurre en el caso de sus beneficiarios, pues, en la medida en que los titulares no tienen establecido el ámbito en el que operan los servicios de asistencia, tampoco respecto de aquellos existe mandatos de los cuales se pueda deducir quiénes ostentan ese carácter, los requisitos de acceso al servicio y/o sus excepciones.

Estas falencias legales y reglamentarias ya habían sido detectadas por la Corte, al punto de que en la sentencia T-348 de 1997 se exhortó al Congreso para que reglamentara directamente sobre la materia⁷². En lo pertinente se dijo al respecto:

"9. Las normas legales vigentes, no contienen disposición o remisión normativa alguna a partir de la cual sea posible establecer cuáles son los servicios médico-asistenciales mínimos a que tienen derecho los docentes afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

"Según la información suministrada a esta Sala de Revisión por parte del Ministerio de Educación y la fiduciaria La Previsora Ltda, el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se fija a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios suscrito entre la fiduciaria y la empresa que preste los servicios médico-asistenciales.

⁷¹ Mediante el decreto 2831 de 2005, "Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones", el Gobierno Nacional expidió el reglamento del Consejo Directivo y de los Comités Regionales del Fondo. Allí se dispone, en el parágrafo 2 del artículo 1, que "en cuanto fuere necesario y no esté regulado en este reglamento el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá complementarlo para garantizar su adecuado funcionamiento."

⁷² Sentencia T-348 de 1997: "Por estos motivos, la Sala exhorta al legislador y a los docentes al servicio del Estado, así como a los miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que, de consuno, reflexionen sobre los elementos planteados en esta providencia y promuevan las acciones conducentes a la definición legal de un régimen de salud que consulte los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución Política, aún cuando ello pueda implicar la eventual renuncia a algún privilegio gremial".

"En este sentido, el numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁷³, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)⁷⁴.

"(...)

"Lo anterior determina que no exista homogeneidad nacional en punto a los servicios de salud y a la atención a beneficiarios, toda vez que éstas dependen de las particularidades del proceso de oferta y contratación a nivel de cada departamento, proceso en el cual deben respetarse derechos adquiridos por los docentes mediante reivindicaciones de carácter regional. De igual forma, los costos de los servicios médicos a nivel departamental varían, situación que ha implicado, en muchos casos, que la parte del aporte que efectúa la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, destinado a servicios de salud resulte modificado según el costo de estos servicios en el departamento de que se trate. En otros casos, los mismos maestros han decidido, en forma voluntaria, adicionar puntos al monto de la cotización que les corresponde aportar al Fondo, con la finalidad de aumentar las coberturas de servicios o ampliar el número de personas incluidas en el régimen de beneficiarios.

"(...)

"14. En síntesis, el sistema legal de seguridad social en salud de los educadores estatales afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no consagra el régimen de beneficiarios de los servicios de salud, el que queda librado a la discrecionalidad del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a lo que se establezca en los contratos de prestación de servicios que, a nivel departamental, suscriba la fiduciaria La Previsora Ltda con la entidad regional prestadora de servicios de salud que resulte seleccionada luego del proceso contractual descrito más arriba..."

Recientemente esta Corporación volvió a señalar la omisión legal en la Sentencia T-015 de 2006, así:

⁷³ Ley 91 de 1989, artículo 3°.

⁷⁴ El respectivo Comité Regional escoge la empresa que recomendará para que preste estos servicios en su departamento de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 11 del Decreto 855 de 1994, en donde se señala que las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud deberán obtener, previamente, por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y que se encuentren registradas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud. Acto seguido, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio toma la decisión final e imparte a la fiduciaria las instrucciones consecuentes para que proceda a la contratación de la empresa escogida (Ley 81 de 1989, artículo 7-2; cláusulas 5-5 y 14 y 7-2 del contrato de fiducia mercantil Nación-La Previsora Ltda).

"La regulación jurídica del Fondo permite concluir que no existe una reglamentación legal precisa sobre los beneficiarios y los servicios mínimos a los que tienen derecho los afiliados y afiliadas al Fondo, puesto que su definición depende de los parámetros – cambiantes – que fije el Consejo Directivo del Fondo y de la situación de cada una de los departamentos del país. Ello explica que, por ejemplo, antes de la expedición de los nuevos acuerdos por parte del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya rigiera en los departamentos de Antioquia y Santander la prohibición de inscribir como beneficiarios a los padres de los docentes afiliados y afiliadas, cuando éstos tenían ya registrados como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos⁷⁵".

Dentro de los diversos factores que provocaban la variación de servicios y beneficiarios se pueden contar, por una parte, (i) los costos de los servicios médicos en cuanto no coinciden en todas las regiones, lo que implica que el aporte efectuado por la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio resulte modificado según el costo de los servicios en el respectivo departamento; y por la otra, (ii) la decisión voluntaria de los maestros de ciertos departamentos de aumentar el valor de las cotizaciones al Fondo, con el único fin de ampliar la cobertura del servicio en relación con las prestaciones mínimas.

Así pues, el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se determinaba a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien correspondía la atención de los usuarios.

4.3. En cuanto a lo que ahora interesa, se tiene que sólo a partir del Acuerdo N° 04 de julio 22 de 2004 (*"por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*), proferido por el Consejo Directivo del Fondo, se optó por la unificación a nivel nacional de la cobertura de beneficiarios, disponiéndose:

"Artículo 1°. Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforme a las siguientes características fundamentales:

"1. Régimen especial. El Consejo Directivo decidió que el modelo de prestación de servicios de salud a los docentes parte del respeto del régimen excepcional de los docentes.

"2. Cobertura. El Consejo Directivo acordó que los beneficiarios del sistema de salud de los docentes son los existentes hoy en día en el modelo vigente, nivelando nacionalmente con las siguientes adiciones:

⁷⁵ Precisamente, la Corte se pronunció sobre demandas de tutela elevadas por docentes de esos departamentos, a cuyos padres se les retiró la calidad de beneficiarios, en las sentencias T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y T-905 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

- "a. los hijos del afiliado entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y que estudien con dedicación de tiempo completo;*
 - "b. los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan un incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado*
 - "c. los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado.*
- (...)"*

Posteriormente, a través del Acuerdo N° 013 de diciembre 30 de 2004, el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio aprobó los Términos de Referencia de la Invitación Pública N° 143 de 2005, para contratar la prestación de los servicios de salud para afiliados y afiliadas y beneficiarios del Fondo. En dicho Acuerdo se estableció:

"(...) los servicios médicos asistenciales que conforman el plan de atención en salud se prestarán a todos los usuarios, entendiéndose como usuarios lo siguientes:

"Afiliados y afiliadas: Docentes activos y docentes pensionados que cotizan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

"Beneficiarios: el grupo de beneficiarios de los afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podría estar conformado por el grupo familiar descrito a continuación:

"- El cónyuge.

"- El compañero(a) permanente cuya unión sea superior a dos años, según las normas vigentes.

"- Los hijos de los educadores hasta los 18 años de edad.

"- Los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente.

"- Los hijos entre 19 y 25 años, siempre y cuando se demuestre dependencia total del educador afiliado y se acredite su condición de estudiante diurno (validada semestral o anualmente según corresponda): se debe incluir para estos casos los periodos de vacaciones.

"- Las hijas beneficiarias según coberturas anteriores y que se encuentren en estado de embarazo, así como su recién nacido hasta los primeros treinta días de edad.

"- Los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este." (subrayas no originales)

De la lectura del Acuerdo N° 04 de 2004 no se infiere que los padres de los educadores casados y con hijos hayan perdido la calidad de beneficiarios, sino que la exclusión se presentó en el acto aprobatorio de los términos de referencia de la invitación a contratar, esto es, en el Acuerdo N° 013 de 2004, que impide a la Fiduciaria La Previsora y finalmente a las IPS contratadas, prestar los servicios médico asistenciales a los padres de los educadores casados o solteros con hijos, y que en últimas, dio origen al presente conflicto.

5. De los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud.

El Sistema General de Seguridad Social Integral contenido en la Ley 100 de 1993 se encuentra regido, entre otros principios, por el de progresividad y el de continuidad, los cuales encuentran su fundamento constitucional en el artículo 49 de la Carta Política, y a pesar de que la en la mayoría de los casos la jurisprudencia se ha referido a estos principios en cuanto al sistema general, sus consideraciones son extensivas a cualquier régimen especial, como ocurre precisamente en el caso de los docentes.

5.1. La Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que a pesar de que los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación. Por ello, tal y como esta Corte ya lo ha explicado⁷⁶, en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, el mandato de progresividad no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos⁷⁷. Por el contrario, el Estado colombiano tiene claros compromisos internacionales y constitucionales en relación con los derechos sociales prestacionales, como la salud. Por una parte, el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de ese derecho. Y por otra, existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas.

La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido en decisiones de constitucionalidad⁷⁸.

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales no

⁷⁶ Ver, entre otras, la sentencia C-251 de 1997, fundamento 8.

⁷⁷ Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados "Principios de Limburgo", adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

⁷⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss.

pueden retroceder frente al nivel de protección alcanzado, pues se presumiría que la decisión es en principio inconstitucional, y por ello esta Corporación ha asumido en el control constitucional una posición estricta al respecto⁷⁹. Para que pueda ser ajustado a la Carta Política, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. Precisamente, con base en esos criterios, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social. Dijo entonces esta Corporación en la sentencia C-1165 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra:

"Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aun estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.

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

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

⁷⁹ Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

beneficio de quienes, salvo sus necesidades de salud, nada pueden aportar y por eso no caben en el régimen contributivo".

El criterio adoptado por esta Corporación sobre el control más estricto de toda aquella medida que constituya un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales es ampliamente aceptado por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (Art. 93), ha elaborado una amplia doctrina sobre el derecho a la salud. En particular, en su período No 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, el Comité adoptó la "*Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (Art. 12)*", en donde destaca, entre otras cosas, que la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que "*se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles*" (Parr. 32).

Ahora bien, podría decirse que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica *per se* un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población. Sin embargo, y sin la intención de desarrollar una doctrina sistemática sobre la noción de retroceso en la realización de los derechos sociales, es evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud.

5.2. De otra parte, en cuanto al principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, que hace parte de otro principio más amplio en materia de prestación de servicios públicos, como es el de eficiencia, supone la no interrupción de aquellos sin que medie una causa legal justificable constitucionalmente. La continuidad en la prestación de servicios públicos, y en concreto el de salud, garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten las garantías fundamentales de los usuarios.

La jurisprudencia constitucional ha fijado un amplio alcance del principio de continuidad del servicio público de salud, garantizando que una persona continúe recibiendo un tratamiento o un medicamento que sea *necesario* para proteger principalmente sus derechos a la vida y a la integridad. La protección efectiva de estos derechos fundamentales lleva al Juez de tutela a impedir que por controversias de índole contractual, económico o administrativo, se permita a una entidad encargada de prestar

servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y afiliadas y beneficiarios en particular.

De tiempo atrás la Corte se ha pronunciado sobre el principio de continuidad en la prestación del servicio de atención en salud, dándole una importante relevancia constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia SU-562 de 1999 se señaló:

"Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la Ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que "La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna"⁸⁰. Y, a renglón seguido repite: "... resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad"⁸¹. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: "... la continuidad integra el sistema jurídico o 'status' del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho 'status' ha de tenerse por 'ajurídico' o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de 'principio' en esta materia".⁸² Jean Rivero⁸³ reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2º de la C. P. que señala como uno de los fines del estado "garantizar la efectividad de los principios".

Esta Corporación ha señalado que quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad⁸⁴.

⁸⁰ Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

⁸¹ Ib. p. 66

⁸² Ib. p. 67

⁸³ Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss

⁸⁴ Cfr. Sentencias T-109 de 1999, T-627 de 2002, entre otras.

En la sentencia T-935 de 2002 entre otras, la Corte precisó que si bien es cierto que las exigencias de tipo económico y administrativo para la prestación del servicio de salud tienen un fundamento constitucional, en la medida en que a través de ellas se garantiza su eficiente prestación, *"éstas llegan hasta donde el derecho fundamental a la vida de los pacientes no se vea seriamente comprometido"*. Por tal razón, en esa decisión esta Corporación concluyó que la suspensión de un servicio de salud, aun cuando ésta tenga origen en una disposición legal *"resulta desproporcionada e injusta, y más, como se indicó, cuando estaba involucrada la vida de un menor"*⁸⁵.

De igual forma, en la sentencia T-170 de 2002, la Corte reconstruyó las subreglas para establecer si los motivos usados por una EPS para interrumpir la prestación de un servicio de salud son constitucionalmente aceptables. Al respecto indicó que no pueden suspenderse los tratamientos o medicamentos que han sido prescritos a una persona, si se da el caso que i) la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos⁸⁶, ii) la persona perdió la calidad de beneficiario por cualquiera de las hipótesis establecidas en la Ley⁸⁷, iii) porque la persona no reunía los requisitos para estar inscrita en el sistema, pero a pesar de ello fue afiliada⁸⁸, iv) porque los médicos tratantes ordenan un medicamento que no había sido suministrado con anterioridad, pero que hace parte de un tratamiento que se le adelanta al paciente⁸⁹, v) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, por haber sido desvinculado de su trabajo⁹⁰, o vi) porque el afiliado se trasladó a otra EPS y su patrono aún no ha comenzado a realizar los aportes⁹¹.

Para la Sala es claro que todas estas consideraciones son plenamente aplicables en el caso del servicio de seguridad social en salud que se presta a los docentes o su beneficiarios dentro del régimen especial, pues como se vio, los maestros por mandato legal deben estar afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 y que tiene a su cargo garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales del personal docente y sus beneficiarios (artículo 5).

Una vez esbozada la línea jurisprudencial de esta Corporación sobre los anteriores temas, la Sala debe determinar ahora si en los asuntos sometidos a revisión, la decisión del Fondo

⁸⁵ Respecto a la continuidad en los servicios de salud, pueden consultarse las sentencias T- 624 de 1997 y 1421 de 2000, entre otras.

⁸⁶ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: T-406 de 1993, T-057, T-669 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-154 A de 1995, T-158 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-072 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-202 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-360/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

⁸⁷ Cf. Sentencia T-396 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁸⁸ Cf. Sentencia T-730/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

⁸⁹ Cf. sentencia T-636/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

⁹⁰ Cf. sentencia T-281 de 1996 (M.P. Julio César Ortíz Gutiérrez)

⁹¹ Cf. sentencia T-1029/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

de excluir a los padres de los docentes casados o solteros con hijos vulnera en concreto los derechos fundamentales de los accionantes.

6. Casos concretos.

Los demandantes, quienes de tiempo atrás venían siendo beneficiarios en salud de sus hijos docentes afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consideran que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales ante la decisión de privarlos de la prestación de los servicios de salud que recibían, al quedar excluidos de la cobertura de beneficiarios por no reunir las exigencias de los Acuerdos N° 04 y 13 de 2004 proferidos por el Consejo Directivo de dicho Fondo, esto es, que sus hijos cotizantes fueran solteros y sin hijos. Los actores son personas de la tercera edad con graves afecciones de salud y que manifiestan depender económicamente de sus hijos docentes.

6.1. Previo a abordar el fondo del asunto, resulta necesario aclarar brevemente, en cuanto al expediente T-1218446, que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 *"por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"*, relacionado con la legitimidad e interés para actuar en sede de tutela, es permitido agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.

Se tiene que en dicho expediente la señora Flor Niño de Mendoza, hija del señor Jorge Guillermo Niño Jiménez, interpuso la acción en nombre de su padre, dada la gravedad de su estado de salud (insuficiencia respiratoria y coronaria) y su muy avanzada edad (86 años), que evidentemente lo imposibilitó para ejercer su propia defensa, motivo por el cual la situación se ajusta a las prescripciones del artículo 10 del decreto 2591 de 1991.

6.2. Entrando en materia, conforme a las pruebas aportadas y a lo manifestado en las demandas, sobre lo cual nada se controvertió, los accionantes son personas de la tercera edad, con graves afecciones de salud y que venían siendo beneficiarios de sus hijos docentes desde varios años atrás, por depender económicamente de estos.

Ciertamente, se tiene que Ana Belén Ordóñez (T-1218408) de 69 años de edad, madre de la docente Ludibia Yoscu, beneficiaria en salud desde el año 2000, padece de hipertensión arterial y necesita del suministro de varios medicamentos; María Lilia Castaño (T-1218446) de 58 años de edad, madre de la docente Ligia Gamboa, beneficiaria en salud desde 1999, padece de diabetes, hipertensión arterial y neumonía, además sufrió un infarto, realizándosele una revascularización cardiaca, requiriendo de medicinas y tratamiento permanente; Filadelfo Yoscu Alfonso (T-1218447) de 75 años de edad, padre de la docente Ludibia Yoscu, beneficiario en salud desde el año 2000, perdió su ojo derecho y padece de

ceguera parcial del izquierdo, siéndole implantado un lente intraocular, requiriendo de medicamentos y control especializado; Jorge Guillermo Niño Jiménez (T-1218448) de 86 años de edad, padre de la docente Flor Niño de Mendoza (quien interpuso la tutela como agente oficiosa), beneficiario en salud desde hace más de 7 años, padece de insuficiencia respiratoria y coronaria, le fue implantado un marcapasos y es oxígeno-dependiente, requiriendo de costosos medicamentos, balas de oxígeno y control especializado; Tránsito Prieto Gutiérrez (T-1232348) de 84 años de edad, padre de la docente Blanca Emma Gutiérrez, beneficiaria en salud desde el año 2000, padece de hipertensión arterial y requiere de tratamiento; María Luisa Ceballos (T-1239608) de 76 años de edad, madre del docente Orlando Antonio Marín, beneficiaria en salud desde hace más de 2 años, sufre de hipertensión arterial y necesita de tratamiento; Hersilia Téllez de Delgado (T-1241416) de 81 años de edad, madre de la docente pensionada Guiomar Delgado de Bocanegra, padece graves problemas de tensión sobre el que necesita permanente control; Octavio Gómez (T-1243539) de 89 años de edad, padre de la docente Graciela Gómez Ríos, beneficiario en salud desde el año 1997, venía recibiendo tratamiento por padecer de bronquitis crónica y requiere de oxígeno domiciliario e inhaladores; y, Anaís Elvira Gómez de Bejarano (T-1278720) de 78 años de edad, madre del docente Santos Aquilino Bejarano Gómez, beneficiaria en salud desde hace más de 5 años, padece de diabetes, arritmia cardíaca, osteoporosis, colon irritable, gastritis y epoc pulmonar (con tratamiento de oxígeno 16 horas al día), enfermedades sobre las que requiere de medicamentos y permanente control.

Para la Sala es claro que los derechos fundamentales de los accionantes, quienes son personas de la tercera edad, deben primar sobre cualquiera de rango legal o reglamentario, máxime cuando se pone de manifiesto su situación de inferioridad y grave estado de salud. Esta Corporación ha sostenido de tiempo atrás que las personas de la tercera edad tienen derecho de nivel constitucional a una especial protección, particularmente en lo relativo a la preservación de su vida en condiciones dignas y justas, a su salud y a su seguridad social y el Estado, de conformidad con el artículo 46 de la Carta, se encuentra comprometido a garantizar a los ancianos la protección de tales derechos⁹².

6.3. En esta ocasión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de los Acuerdos N° 4 y 13 de 2004, al modificar y regular lo relativo a los servicios medico

⁹² Sentencia T-036 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz: "Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior".

asistenciales a su cargo y el modelo de contratación de las IPS por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A., excluyó de la cobertura de beneficiarios a los padres de los educadores casados o solteros con hijos, a pesar de la dependencia económica de los progenitores frente a estos⁹³. Tales regulaciones cobijaron directamente a los accionantes.

Dado que los actores dependen económicamente de sus hijos que los tenían inscritos como beneficiarios, la decisión del Fondo implica que ellos habrán de velar para que sus padres puedan afiliarse como cotizantes independientes a una EPS del Sistema General de Salud. De esta situación son conscientes algunos de los hijos, quienes, de acuerdo con las pruebas que reposan en los expedientes, han estado dispuestos a hacerlo. Así, por traer un ejemplo, en el expediente T-1232348 la hija de la actora manifiesta que hizo con tal fin varias diligencias en las EPS que operan en la ciudad de Tunja, sin embargo, le negaron la afiliación de su madre en razón a su edad y sus condiciones de salud.

Independientemente de la predisposición que puedan tener los hijos de los demandantes para hacerse cargo de los gastos que origina la afiliación de sus padres a una EPS del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Sala considera que, en principio, esta puede ser una carga exigible a los hijos con respecto a sus padres, en desarrollo del principio de solidaridad contemplado en la Constitución Política (arts. 1, 2 y 95.2) y del deber concurrente del Estado, la sociedad y la familia de proteger y asistir a las personas de la tercera edad (C.P., art. 46)⁹⁴. Al respecto, en el estado actual del sistema de salud en Colombia, y en razón de la prioridad que tienen los más pobres en un Estado Social de Derecho, en los casos referidos a las cargas económicas exigibles a los familiares el Juez de tutela sólo habrá de intervenir en forma subsidiaria para promover algún subsidio, cuando la familia no pueda encargarse de los costos del aseguramiento de la prestación del servicio de salud a sus progenitores. En esa medida, no comparte esta Sala la decisión de la mayoría de los jueces de tutela de considerar la posibilidad de que los actores sean

⁹³ Conforme a los expedientes, los accionantes fueron informados varios meses atrás de los cambios que se producirían a partir del 1º de julio de 2005 en punto a los beneficiarios del servicio de salud del Magisterio, y en tal medida no podría afirmarse que el Fondo vulneró el principio de la confianza legítima, pues con tiempo puso en movimiento una campaña de información para sus afiliados y afiliadas, a través de distintos medios de comunicación, acerca de los cambios que se producirían.

⁹⁴ En distintas ocasiones la Corte ha resaltado que, sin perjuicio del deber constitucional que le corresponde al Estado de velar por los derechos fundamentales de las personas, en principio, la familia está llamada en forma primigenia a prestarle a sus miembros más cercanos la atención y asistencia requerida, en desarrollo del principio de solidaridad. "La sociedad colombiana (...) sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular 'la solidaridad comienza por casa', tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)" (Sentencia T-533 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñóz).

afiliados y afiliadas al Sistema Subsidiado de Salud, pues dada la escasez financiera de este sistema, que se advierte en el gran número de personas que no han podido ser afiliadas al mismo, el Juez de tutela no puede ordenar que se considere la afiliación de un demandante a este sistema de salud sin que se haya evaluado la posibilidad de que sus hijos no están en la capacidad de sufragar los gastos que se demanden⁹⁵.

6.4. Pese a todo, antes de la expedición de los Acuerdos mencionados, los accionantes eran desde hace varios años beneficiarios en salud de sus hijos docentes, pues en la mayoría de Departamentos del país así era permitido dada la disparidad que existía sobre la materia, tal como fue comentado en páginas precedentes. El problema ahora es, que este grupo social, que ya era beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud, deja de serlo, sin que exista disposición que garantice que esas personas queden cubiertas por otro sistema de seguridad social y puedan continuar con los tratamientos, controles médicos y medicamentos que venían recibiendo. Al respecto encuentra la Sala que las determinaciones del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio implican un retroceso en la garantía del derecho a la salud, pues los actores tenían asegurada una protección de ese derecho constitucional, quedando ahora excluidos del sistema y sin los servicios medico asistenciales que de tiempo atrás se les brindaban⁹⁶.

Si bien la determinación del Consejo Directivo de retirar la calidad de beneficiarios a los padres de los educadores casados y con hijos, a pesar de que aquellos dependan económicamente de sus descendientes, se fundamenta en la atribución que le confirió la Ley para establecer todo lo relacionado con los servicios de salud de los docentes afiliados y afiliadas al Fondo, esto no significa obviamente que cualquier delimitación del grupo de beneficiarios se ajuste a la Carta, pues si el Fondo del Magisterio excluye a ciertas personas afectando en concreto sus derechos fundamentales, como la salud y la seguridad social de los ahora accionantes, o el libre desarrollo de la personalidad de los docentes, la regulación no debería aplicarse por ser contraria a la Constitución. Y por ello, por ejemplo en materia de sustitución pensional, esta Corporación ha retirado del ordenamiento aquellas normas que consagraban como condición resolutoria de dicha pensión que el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias, pues dicha regulación afectaba el libre desarrollo de la personalidad⁹⁷. En esta ocasión podría pensarse, en gracia de discusión, que ha futuro los

⁹⁵ En los casos que aquí se estudian es claro que la carga que se exigiría a los hijos no sería exorbitante, dado que ellos son docentes, con ingresos regulares, y en ninguna parte se ha demostrado que no estén en condiciones de asumir esos costos.

⁹⁶ No debe olvidarse que la Corte se ha pronunciado en distintos fallos respecto de la obligación que tienen las Empresas Promotoras de Salud –EPS– y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud –IPS–, de culminar los tratamientos iniciados bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, independientemente de cuál sea la causa que motiva la terminación de dicha relación, en razón al principio de continuidad. Sobre el particular, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-829/99, T-1029/00, T-1188/01, T-1093/02, T-270 de 2005, T-294 de 2005 y T-308 de 2005.

⁹⁷ Ver, entre otras, las sentencias C-1050 de 2000, C-870 de 1999, C-314 de 1997, C-182 de 1997, C-588 de 1992.

docentes se verían persuadidos a permanecer solteros y no tener hijos para que sus padres pudieran permanecer como beneficiarios. En el mismo sentido, las decisiones del Fondo pasarían por alto la relación estrecha, de índole familiar, de los docentes con sus progenitores, llevando prácticamente a suponer que, por la función que cumplen, los maestros no tienen allegados ni responsabilidades con ellos, ni interés en que su salud esté cabalmente protegida.

6.5. En los escritos de defensa la Fiduciaria La Previsora S.A. y el Ministerio de Educación, señalan que la determinación adoptada por el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio significa que los padres de los docentes casados y con descendencia, que no estén pensionados y dependan económicamente de sus hijos, ya no ostentan *"un derecho subjetivo a la prestación del servicio médico exclusivo para los docentes"*. Por esta razón sugieren a los actores *"afiliarse a una EPS del Sistema General de Salud Social en Salud previsto en la Ley 100 de 1993 para que pueda recibir los servicios correspondientes, previo el pago de los valores exigidos como cotizante independiente o como beneficiario de algún miembro familiar, situación ésta que no opera para el régimen de excepción de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989"*. Las entidades recuerdan además, que *"en el régimen de excepción en relación con la seguridad social a la salud, no se aceptan afiliaciones adicionales, ni cuotas para el efecto, ni personas que no ostenten la calidad de docentes afiliados y afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*.

Lo anterior hace preguntar a la Sala si es justificable, que el régimen especial del sistema de seguridad social en salud del magisterio no contemple que un afiliado vincule a sus padres al servicio de salud que ofrece el mismo Fondo, en el evento en que estos no posean una pensión y dependa económicamente de su hijo.

Sobre este tema es pertinente hacer referencia a la Sentencia C-111 de 2006, proferida recientemente por la Sala Plena de esta Corporación, mediante la cual se decidió declarar inexecutable la expresión: *"de forma total y absoluta"*, que contenía el literal d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, donde se disponía como condición para que los padres pudieran ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la necesidad de acreditar la existencia de una dependencia económica total y absoluta de éstos frente a sus hijos. En dicha providencia la Corte consideró que la discriminación realizada por el legislador frente a los padres del causante a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, desconocía el principio constitucional de proporcionalidad, pues la norma sacrificaba los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, como los principios de solidaridad y de

protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Derecho⁹⁸.

Igualmente, en dicha oportunidad la Corte sostuvo que si bien el Estado no tiene el carácter de benefactor, ello no lo habilita para adoptar medidas legislativas que impliquen un desconocimiento de su obligación positiva de proteger a las personas que se encuentran en condiciones de inferioridad (C.P. art. 13), como sucede con los padres que debido a su avanzada edad se encuentran subordinados económica y materialmente a sus hijos. Además, que someter a los progenitores a una situación de abandono, miseria e indigencia para poder reclamar en condición de beneficiarios la pensión de sobreviviente de sus hijos, pretende ignorar que por razón de su avanzada edad y muchas veces por la imposibilidad de conseguir un trabajo, la única fuente que asegura su mínimo existencial es la citada pensión, a pesar de recibir otros ingresos que resulten materialmente insuficientes para acreditar el cumplimiento de dicho fin.

Los anteriores argumentos de la Sentencia C-111 de 2006 respecto a lo injustificado que resulta a la luz de la Constitución exigir la dependencia total y absoluta de los padres respecto a sus hijos en materia pensional, son aplicables *mutatis mutandi* al tema ahora objeto de revisión en cuanto a las condiciones para ser beneficiario en salud del Fondo del Magisterio.

Ahora, desde otra perspectiva, debe recordarse que el legislador pretendió al establecer las excepciones al régimen general de la Ley 100 de 1993, que los derechos en salud deben contener beneficios y condiciones superiores a los que rigen para los demás afiliados y afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha Ley y, a su vez, estar en un régimen de excepción, en ningún caso, puede conducir a prohiar un tratamiento discriminatorio o menos favorable al que se otorga a los afiliados y afiliadas al sistema integral general, pues, la existencia de los regímenes especiales obedeció al propósito del legislador de proteger los derechos adquiridos de quienes fueron excluidos del régimen general.

En este contexto, al analizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud contemplado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, se tiene que el artículo 163 de la Ley 100 establece cuál es la cobertura familiar del sistema y en este marco dispone que los padres de los afiliados y afiliadas podrán gozar del servicio de salud, siempre y cuando no sean pensionados y dependan económicamente del hijo, y en la medida en que éste no haya inscrito como beneficiarios al cónyuge o a sus propios hijos. En tal sentido, este artículo se asemeja en este punto a la nueva regulación introducida en la prestación de los

⁹⁸ Cfr. Sentencia C-111 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

servicios de salud por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Dispone la norma:

"ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste..." (subrayas no originales).

Sin embargo, en los decretos reglamentarios se estableció una regulación especial para los padres de los cotizantes que no podían ser incluidos dentro de los beneficiarios en los términos de la cobertura familiar dispuesta en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993. De esta forma, el artículo 40 del decreto 806 de 1998⁹⁹, modificado por los decretos 1703 de 2002 y 2400 de 2002¹⁰⁰, creó la figura de los cotizantes dependientes, a quienes les otorgó el derecho a disfrutar de los mismos servicios establecidos para los beneficiarios. La mencionada disposición establece:

"Artículo 40. Otros miembros dependientes. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

"Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.

"Parágrafo. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades."

Este artículo fue modificado luego por el artículo 7º del decreto 1703 de 2002, el cual fue reformado a su vez por el decreto 2400 de 2002, que dispone:

⁹⁹ "Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social".

¹⁰⁰ "Por el cual se modifica el Decreto 1703 de 2002 que adoptó medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

"Artículo 1°. El artículo 7° del Decreto 1703 de 2 de agosto de 2002 quedará así:

"Artículo 7°. Afiliación de miembros adicionales del grupo familiar. Los cotizantes dependientes o afiliados y afiliadas adicionales, de que trata el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, sólo podrán ser inscritos o continuar como afiliados y afiliadas adicionales, siempre que el cotizante pague en forma mensual anticipada a la Entidad Promotora de Salud, un aporte equivalente en términos de las Unidades de Pago por Capitación fijadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que correspondan al grupo etáreo y zona geográfica de influencia al que pertenece el beneficiario adicional, de acuerdo con la siguiente tabla (...)".

6.6. Así pues, al equiparar el Sistema General de Seguridad Social en Salud con el régimen especial del Magisterio¹⁰¹ se evidencia que el primero tiene más cobertura que el segundo en lo relacionado a la posibilidad de los docentes para afiliar a sus padres como beneficiarios, cuando éstos dependen económicamente de aquéllos y los educadores tengan también como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos. Se advierte entonces que el régimen de seguridad social del Magisterio presenta un vacío en este punto¹⁰², que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres (C.P., arts. 1, 2 y 95.2). Este vacío desconoce la norma constitucional que obliga al Estado y a la sociedad a garantizar la protección integral de la familia (C.P., art. 42) y que obliga al Estado, la sociedad y la familia a concurrir *"para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad"* (C.P., art. 46).

En efecto, quienes pertenecen al régimen contributivo de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, tienen derecho a incluir miembros adicionales a su grupo familiar, mediante el pago de la UPC, sin embargo, los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplan la posibilidad de afiliados y afiliadas adicionales, constituyendo una medida menos favorable a la del régimen general que contraviene el mandato de progresividad estudiado en la parte dogmática de esta

¹⁰¹ El Acuerdo N° 13 de 2004 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que aprobó los términos de referencia de la invitación pública N° 143 de 2005, para contratar las entidades prestadoras del servicio de salud del magisterio, determinó que eran beneficiarios, entre otros, "los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este", sin dar la posibilidad de afiliar como beneficiario adicional a los padres de los docentes casados o solteros con hijos.

¹⁰² Es importante anotar que otros casos sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que han sido tratados en sentencias de esta Corporación evidencian carencias similares. Así, la sentencia T-864 de 1999 versó sobre las demandas de distintos educadores del Tolima, cuyos hijos menores de 12 años habían perdido su calidad de beneficiarios en virtud de las nuevas disposiciones contractuales. Igualmente, en la sentencia T-845 de 2003 la Corte se ocupó con la demanda presentada por una educadora, a cuya hermana, que padecía el Síndrome de Down, le habían sido retirados los servicios médico-asistenciales. De la misma manera, las sentencias T-348 de 1997 y T-1038 de 2001 versaron sobre las demandas presentadas por docentes, por cuanto sus hijos, mayores de edad y discapacitados, habían perdido la calidad de beneficiarios de los servicios del Fondo.

providencia, y que en los casos concretos dio lugar a que los actores no pudieran continuar siendo beneficiarios, con la consecuente interrupción en la prestación de los servicios medico asistenciales.

6.7. Téngase presente que los actores dependen económicamente de sus hijos docentes y padecen de delicadas afecciones, y al ser excluidos de la cobertura de beneficiarios quedaron desprotegidos en materia de salud. La situación no sería traumática si los demandantes pudieran gozar de otros servicios médicos similares, al poder ser vinculados a otro sistema de salud. Eso sucedería, por ejemplo, si estas personas tiene otro hijo, que está afiliado al sistema general de seguridad social, y este último no tiene hijos con derecho ni cónyuge, pues en esos casos, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 prevé que la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado. Sin embargo, no en todos los casos, los padres de los docentes podrían ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud, por lo que no es razonable el argumento de las entidades accionadas sobre la posibilidad de que esos padres accedan a los servicios médicos previstos por el sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, no tiene sentido pedirles a estos padres que acudan a una EPS para solicitar ser afiliados y afiliadas como cotizantes independientes, cuando son sostenidos económicamente por sus hijos. Con ello se estaría imponiendo a todos los involucrados en ese proceso de afiliación que representen un papel contraevidente, al no ajustarse a la realidad. Aunado a esto, una de las actoras afirma que su hija intentó afiliarla a una EPS, pero que no pudo hacerlo en razón de su edad y de sus enfermedades. En tales eventos, la afiliación podría hacerse exigible a través de los mecanismos administrativos o judiciales, pero lo cierto es que no es razonable exigirle a los accionantes que perteneciendo a la tercera edad y estando todos ellos muy enfermos, atraviesen por todos estos dispendiosos trámites para lograr que sus derechos a la salud y a una vida digna sean reconocidos.

6.8. Conforme a todo lo expresado, esta Sala encuentra que los Acuerdos 4 y 13 de 2004 proferidos por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de ser actos generales, han ocasionado en concreto una agresión a los derechos fundamentales invocados por los accionantes, traducida en una determinación contraria a los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud, como la de privarlos de una prerrogativa ya alcanzada dentro del régimen especial del magisterio, esto es, la de ser beneficiarios de sus hijos docentes casados o con hijos, y sin tener la posibilidad de ser siquiera afiliados y afiliadas adicionales de los mismos como si se permite en el régimen general, provocando en estas personas de la tercera edad, la suspensión de los servicios medico asistenciales que venían recibiendo en busca de la mejoría de sus graves afecciones de salud.

La intervención del Juez constitucional, en los procesos de tutela de la referencia, era necesaria para velar por la supremacía e integridad del ordenamiento superior, y la

efectividad de la vigencia de los derechos fundamentales de los actores, así como de los principios constitucionales analizados; por lo tanto, resulta cuestionable la decisión apresurada de la mayoría de los jueces, en la cual se avizora un afán más bien por despachar el asunto sin mayores miramientos, cuando en sus deberes, como directores del proceso, han debido valorar otros aspectos que con base en la Constitución y la doctrina constitucional, le hubiesen permitido ordenar el amparo de tutela correspondiente.

En consecuencia, a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales a la dignidad, a la salud y a la seguridad social de los actores, esta Sala de Revisión, en virtud de la prevalencia y primacía del valor normativo superior de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho¹⁰³, y en aras de permitir el goce efectivo de las garantías constitucionales, decidirá aplicar directamente los artículos 13, 46, 48 y 49 de la Carta Política, luego de encontrar censurables los apartes de los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atrás analizados.

Además, con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud, se ordenará que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el Fondo vuelva a prestar a los accionantes la atención médica que requieren. Esta atención se prestará de la misma forma que se brindaba en el pasado. Las condiciones solamente podrán variar a partir del momento en que el Consejo Directivo del Fondo regule la figura de los cotizantes dependientes, tal como le fue ordenado en la Sentencia T-015 de 2006¹⁰⁴, a la que se remite esta Sala de Revisión.

Por todo lo anterior, se revocarán las decisiones de instancia y en su lugar se concederá la protección impetrada. Asimismo, en virtud a que en la sentencia T-015 de 2006 se ordenó al Fondo regular *"a nivel nacional, la prestación del servicio de salud del Magisterio a los padres de los afiliados y afiliadas al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos"* orientado a fijar una solución judicial definitiva, no se exigirá a los accionantes hacer uso de las acciones judiciales ordinarias que habrían correspondido en otras condiciones, sin que ello impida que acudan a ellas. En esa medida, el presente fallo tiene un carácter definitivo.

¹⁰³ Constitución Política, Art. 4°. "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

¹⁰⁴ Sentencia T-015 de 2006: "Por lo tanto, se ordenará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro del término de un mes a partir de la notificación de esta sentencia, regule, a nivel nacional, la prestación del servicio de salud del Magisterio a los padres de los afiliados y afiliadas al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos. Igualmente, se exhortará al Consejo Directivo para que examine la posibilidad de extender la figura de los cotizantes independientes a los demás familiares próximos de los docentes afiliados y afiliadas al Fondo".

Actividades pedagógicas

Ap

A continuación el y la participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor realice las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué diferencia existe entre el seguro social y el sistema general de seguridad social en salud?
2. ¿Qué se entiende por el derecho a la salud, con base en la normatividad nacional e internacional?
3. ¿En qué eventos la salud tiene la calidad de derecho fundamental?
4. ¿Pueden los jueces conocer de los asuntos sobre los cuales la Superintendencia Nacional de Salud tiene funciones jurisdiccionales? Explique su respuesta.
5. ¿Qué valor tienen en nuestra normatividad Los Convenios de la OIT ratificados”?
6. ¿Qué importancia tiene la normatividad internacional en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud?

Autoevaluación

Ae

Por favor desarrolle los siguientes casos, con base en las preguntas que se enuncian a continuación:

1.8. CASOS

1. Exponga situaciones en las cuales se haga uso de los principios del sistema general de seguridad social en salud, en especial del principio de progresividad y continuidad.

2. El señor CARLOS REDONDITO GONZALEZ en su condición de padre del menor JOSELITO REDONDITO ANAYA, de dos años de edad, interpuso acción de tutela por considerar que la EPS del régimen subsidiado SALUD AL DIA le está vulnerando los derechos a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a la salud

Manifiesta el padre del menor que su hijo padece de "Bronconeumonía e Hipertensión Pulmonar", motivo por el cual requiere el suministro permanente de oxígeno las 24 horas del día.

Informa que se encuentra afiliado a la entidad accionada, ubicado en el nivel II del Sisbén, y no cuenta con dinero para los medicamentos ni para las consultas con especialista.

Expone que los médicos especialistas ordenaron al menor los medicamentos "SALBUTAMOL INHALADOR, BECLOMETAZONA, FUROCEMIDA", pero por su estado de pobreza extrema no tiene como atender los gastos de salud de su hijo y no cuenta con dinero para cancelar los copagos. Además, que se encuentra desempleado, tiene otros tres hijos menores de edad y su esposa abandonó el hogar hace seis meses.

Explique si procede la acción de tutela y en caso afirmativo, bajo qué argumentos y fundamentos jurídicos.

Puede complementar con todo lo que estime racionalmente necesario para resolver la situación planteada.

Unidad 2

AFILIACIÓN

O	Objetivo general Examinar la afiliación en los diferentes Regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud; así como las novedades y aspectos operativos.
Oe	Objetivos específicos • Diferenciar los regímenes del sistema General de Seguridad Social en Salud. • Identificar los potenciales afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y los mecanismos de afiliación. • Identificar los deberes, responsabilidades y sanciones tanto para empleadores como para afiliados y afiliadas. • Analizar los períodos mínimos de cotización y la movilidad en el sistema. • Determinar la importancia de la existencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.1 AFILIACION

Todos los habitantes del territorio nacional, participan en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Lo harán en su condición de afiliados y afiliadas al régimen contributivo o subsidiado y en forma temporal como participantes vinculados.

EL Régimen contributivo es definido por el artículo 202 de la **Ley 100 de 1993**, como "conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador", y el artículo 211 define el régimen subsidiado como "conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley".

Forman parte del primero las personas con capacidad de pago, quienes deben cubrir una cotización o aporte económico, financiado directamente o en concurrencia con el empleador, y del segundo la población pobre y vulnerable, sin capacidad de pago; además de los dos grupos anteriores la Ley regula otro denominado población pobre no afiliada, conocidos también como vinculados cubiertos con subsidios a la oferta.

2.1.1 AFILIACION AL REGIMEN CONTRIBUTIVO

Las personas afiliadas al régimen contributivo, en calidad de cotizantes o beneficiarios, podrán ser:

- Todos los nacionales o extranjeros, residentes en Colombia, vinculados mediante contrato de trabajo que se rija por normas colombianas incluidas las personas que prestan servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país.
- Servidores públicos,
- Pensionados y jubilados por vejez, sobrevivientes o sustitutos, invalidez, de los sectores público y privado
- Trabajadores independientes, sin vínculo laboral público o privado, con ingresos superiores a dos salarios mínimos.
- Cónyuges o compañeros (as) permanentes de la personas exceptuadas del sistema de seguridad social, de acuerdo en lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Cuando varios miembros del grupo familiar son cotizantes deberán cotizar para garantizar la solidaridad de todo el Sistema a la misma Entidad Promotora de Salud, como lo establece el artículo 27 **Decreto 806 de 1998**

Se consideran beneficiarios del régimen contributivo los miembros del grupo familiar del cotizante:

- El cónyuge
- A falta del cónyuge el compañero(a) permanente con más de dos años de unión. (El artículo 163 de la Ley 100 de 1993, exigía una convivencia superior a dos años, pero tal expresión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-521/07)
- Hijos menores de diez y ocho años que dependan económicamente del afiliado. "Los hijos adoptivos tendrán derecho a ser incluidos en la cobertura familiar desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de alguna de las casas de adopción debidamente reconocidas por dicho Instituto". (**Decreto 806 de 1998**, art. 37)
- Hijos entre 18 y 25 años cuando sean estudiantes de tiempo completo y dependan económicamente del afiliado.
- Hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente producida por alteraciones orgánica o funcionales incurables que impidan su capacidad de trabajo, y dependen económicamente del afiliado. Dicha incapacidad deberá acreditarse mediante certificación expedida por un médico autorizado por la respectiva EPS.
- Hijos del cónyuge o compañero que sean menores de 18 años o incapacitados permanentes.
- A falta de cónyuge o compañero(a) permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente del afiliado.
- La afiliación al sistema de los pensionados por jubilación, vejez, invalidez o sobrevivientes, será también de cobertura familiar en iguales términos a los descritos anteriormente. (Artículo 38 **Decreto 806 de 1998**)

Cuando los dos cónyuges o compañeros permanentes son afiliados y afiliadas cotizantes en el sistema, deberán estar vinculados a la misma Entidad Promotora de Salud y los

miembros del grupo familiar sólo podrán inscribirse en cabeza de uno de ellos. En este caso, se podrá inscribir en el grupo familiar a los padres de uno de los cónyuges siempre y cuando dependan económicamente de él y no se encuentren en ninguna de las situaciones descritas en el numeral 1 del artículo 30 del **Decreto 806 de 1998**, en concurrencia de los hijos con derecho a ser inscritos, siempre y cuando la suma de los aportes de los cónyuges sea igual o superior al 150% de las unidades de pago por capitación correspondiente a los miembros del grupo familiar con derecho a ser inscritos incluyendo a los cónyuges y a los padres que se van a afiliar. (Artículo 1 Decreto 47 de 2000)

En el evento en que los padres del otro cónyuge o compañero permanente también dependan económicamente de los cotizantes, éstos podrán inscribirlos en calidad de cotizante dependiente siempre y cuando cancelen un valor adicional conforme lo establece el decreto aludido.

El **Decreto 806 de 1998**, precisa que cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o quien haga sus veces. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

En la actualidad el **Decreto 2400 de 2002**, define las condiciones sobre este tipo de cotizantes, enfatizando que, sólo podrán ser inscritos o continuar como afiliados y

afiliadas adicionales, siempre que el cotizante pague en forma mensual anticipada a la Entidad Promotora de Salud, un aporte equivalente en términos de las Unidades de Pago por Capitación fijadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo al grupo etáreo y zona geográfica de influencia. Adicionalmente el afiliado cotizante, será responsable del pago del valor mensual definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o quien haga sus veces para la financiación de las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y de un valor destinado a la Subcuenta de Solidaridad.

Algunas reglas generales sobre la afiliación están contenidas en el **Decreto 806 de 1998**. El artículo 42 describe las formas de contratación, las cuales podrán ser individuales o colectivas, a través de empresas, agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expidan.

El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre Entidades Promotoras de Salud.

Los **Decretos 3615 de 2005** y **2313 de 2006**, determinan los requisitos para la afiliación colectiva a la seguridad social, de tal suerte que, el trabajador independiente deberá acreditar ante las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral, su vinculación a una agremiación o asociación mediante certificación escrita expedida por la misma.

Las reglas para la afiliación colectiva de los trabajadores independientes están establecidas en el artículo 4 del **Decreto 3615 de 2005**.

La **Ley 100 de 1993** también sostiene que a los afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud se les garantizará la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

- La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, por parte de la Entidad Promotora de Salud respectiva, a través de las Instituciones Prestadoras de servicios adscritas.
- La atención de urgencias en todo el territorio nacional.
- La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley. Las disposiciones normativas sucedidas frente al tema determinaron inicialmente que las personas solo podrán trasladarse después de la cancelación de doce meses continuos; posteriormente el tiempo se incrementó a 18 y 24 meses (Decreto 047 de 2000); y finalmente la **Ley 1122 de 2007** autorizó el traslado después de un año de permanencia, aunque indica que dicha norma será objeto de reglamentación por el Ministerio de Protección Social.
- La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.
- La participación de los afiliados y afiliadas, individualmente o en sus organizaciones, en todas las instancias de asociación, representación, veeduría de las entidades rectoras, promotoras y prestadoras y del Sistema de Seguridad Social en Salud.
- Consejo de Estado Sección Primera, Expediente No. 175 de 23 de febrero de 2006, C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Cuando se presenten casos de prestación ineficiente de los servicios de salud o de suspensión, se señala que el período mínimo no será tenido en cuenta.

Con respecto a la permanencia cuando los cotizantes incluyen beneficiarios en fechas diferentes a aquella en la que se produjo la afiliación a la EPS, éstos tendrán que permanecer el tiempo que sea necesario hasta que cada uno de los beneficiarios cumpla el tiempo señalado.

Cuando una EPS acepte a un afiliado cuyo período mínimo de permanencia sea inferior al establecido en la norma, ésta será solidariamente responsable con el usuario en los gastos generados.

El **Decreto 1406 de 1999**, en el artículo 44, par. 2° establece que si el plazo de permanencia se cumple durante una incapacidad o licencia de maternidad, el traslado se suspenderá hasta el primer día hábil del mes siguiente a aquél en el cual termine la licencia o incapacidad; así mismo, "cuando el afiliado requiera procedimientos de alta complejidad, mientras se encuentra internado en una entidad hospitalaria".

a) FINANCIACIÓN DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

El régimen contributivo se financia con las cotizaciones obligatorias que deben efectuar los afiliados y afiliadas, los pagos adicionales por planes complementarios y los pagos moderadores.

2.1.2. COTIZACIONES OBLIGATORIAS

Son las cotizaciones que cancelan mensualmente los afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud

2.1.3. PAGOS ADICIONALES POR PLANES COMPLEMENTARIOS

En el régimen contributivo las EPS también se financia con los planes de atención complementaria, conocidos también como PAS (artículo 23 **Decreto 806 de 1998**), los cuales toman voluntariamente los afiliados y afiliadas y cuya financiación es responsabilidad exclusiva del tomador. Los ingresos correspondientes son de propiedad de la EPS que los recibe.

2.1.4. PAGOS MODERADORES (CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS)

El artículo 187 de la **Ley 100 de 1993** dispuso "Los afiliados y afiliadas y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras* y deducibles. Para los afiliados y afiliadas cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

Posteriormente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) expidió el **acuerdo 260 de 2004** en el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El acuerdo establece, que las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados y afiliadas la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS; y que los copagos son los

aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema. Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados y afiliadas cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados y afiliadas beneficiarios.

Las nuevas disposiciones normativas plasmadas en la **Ley 1122 de 2007**, establecen en su artículo 14 que no habrá cobro de copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados y afiliadas del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace.

El Consejo de Estado, en providencia del 27 de marzo de 2008, sobre el particular expuso:

“De conformidad con el artículo 172 de la **Ley 100 de 1993** numeral 7°, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante el Acuerdo 030 de 1995 estableció dos tipos de pagos moderadores que es un término genérico para referirse a las sumas que se pagan por la efectiva prestación del servicio de salud, que se denominaron: las cuotas moderadoras y los copagos cuya distinción se hizo para diferenciar quien paga y en qué porcentaje o medida; las cuotas moderadoras son aplicables a los afiliados y afiliadas cotizantes y sus beneficiarios y los copagos únicamente corren por cuenta de los beneficiarios y consiste en un aporte en dinero que corresponde a una proporción por el valor del servicio de salud, con base en la cotización del afiliado. Los participantes denominados vinculados no están afiliados y afiliadas, luego no contribuyen al sistema general de seguridad social en salud ni con cotizaciones ni con pagos moderadores, pues éstos se aplican sólo a los afiliados y afiliadas, como ya se explicó. Lo anterior no quiere decir que el Estado no tenga ninguna protección en seguridad social en salud para estos participantes, pues como ya se dijo, mientras entran al régimen contributivo o subsidiado en calidad de afiliados y afiliadas la Ley 100 de 1993, dispuso al tenor del artículo 157 B. que tienen derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones

públicas y aquellas privadas que tienen contratos con el Estado de acuerdo con su capacidad de oferta”¹⁰⁵.

2.1.5. CUOTAS RECUPERACIÓN

Bajo la anterior denominación se conoce algunos pagos que deben efectuar la población no afiliada al Sistema General de Seguridad social en salud, los cuales se encuentran regulados en el artículo 18 del **Decreto 2357 de 1995**, que textualmente preceptúa:

ARTÍCULO 18. CUOTAS DE RECUPERACION. (Modificado **Decreto 4877 de 2007**). Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en los siguientes casos:

- 1) Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación.
- 2) La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del SISBEN o incluidas en los listados censales pagarán un 5% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento y en el nivel dos del SISBEN pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- 3) Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN pagará hasta un máximo del 30 % del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento.
- 4) Para la personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POS-S, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del presente artículo.
- 5) La población con capacidad de pago pagará tarifa plena.

¹⁰⁵ MP MARTHA SOFIA SANZ TOBON Radicación 11001-03-24-000-2003-00198-1

El máximo valor autorizado para las cuotas de recuperación se fijará de conformidad con las tarifas SOAT vigentes.

Debe tenerse presente lo señalado anteriormente en el sentido de que el artículo 14 de la **Ley 1122 de 2007**, estableció que no habrá cobro de copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados y afiliadas del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace.

Igualmente lo expresado por la Corte Constitucional, en cuanto que "... en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres; con tal fin, dispuso que para evitar la generación de restricciones para el acceso de la población más pobre, los pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el sistema, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud^[10]. Esto es, el legislador prevé que, en situaciones especiales, la imposibilidad de asumir los pagos moderadores no puede traducirse en la no prestación del servicio de seguridad social en salud.

Además, el principio general de los pagos moderadores tiene algunas excepciones, en las cuales no se aplican copagos a los servicios contenidos en el POS, entre las que se encuentran las enfermedades catastróficas o de alto costo. (art. 7 del Acuerdo 30 de 1996, del CNSSS)"¹⁰⁶

Por último se advierte que el Consejo de Estado en la providencia antes citada, en donde se examinó el artículo 18 del **Decreto 2357 de 1995**, señaló:

¹⁰⁶ T-442 de 2004

“Como ya se explicó, los afiliados y afiliadas tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado y sus beneficiarios tienen los beneficios de salud contemplados en el POS o en el POS-S en los términos del artículo 162 y siguientes de la **Ley 100 de 1993** y los vinculados, mientras logran ser afiliados y afiliadas, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado al tenor de lo dispuesto en el artículo 157 ídem y a los demás servicios que expresamente contempla esta Ley. La Ley 100 de 1993 en ningún momento señaló que el usuario vinculado tendría todos los servicios de salud de manera gratuita. Entonces se tiene que aquellos beneficios en servicios de atención en salud que no están contemplados en la Ley 100 de 1993, no son gratuitos, tienen un costo o tarifa que debe ser asumido por los diferentes participantes o usuarios del sistema, quienes deben pagar directamente a las Instituciones Prestadoras de Salud IPS una suma de acuerdo con su capacidad de pago que se denomina cuota de recuperación. Todos los usuarios o participantes del sistema, se repite, pagan estas sumas por servicios de salud que no están contemplados dentro de los beneficios de la Ley 100 de 1993. Es así como el Decreto **2357** del 29 de diciembre de 1995 por el cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado, entre otras, fija en el artículo 18 acusado de nulidad, las tarifas que se deben pagar por cuota de recuperación todos los usuarios incluyendo los vinculados. Ahora bien, el capítulo IV artículo 18 del precitado decreto, reglamenta el régimen de tarifas o cuota de recuperación de acuerdo con la capacidad económica del usuario, ello precisamente para proteger a la población más pobre; si el Gobierno Nacional no se hubiera pronunciado sobre el particular, todos los usuarios, incluidos los vinculados, tendrían que pagar la tarifa plena por aquellos servicios de salud, que prestan la IPS Pública o la IPS Privada que tiene contrato con el Estado, que no están dentro de los planes de beneficios los servicios de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, contemplados en la Ley 100 de 1993, lo cual iría contra el principio de solidaridad. Por lo anterior, el artículo 18 del Decreto N° 2357 del 29 de diciembre de 1995, acusado de nulidad parcial, dispone que los

usuarios con capacidad de pago deben pagar tarifa plena, que la población indígena y la indigente no paga cuota de recuperación, que la población no afiliada paga un porcentaje mínimo de acuerdo a su nivel dentro del SISBÉN y que las personas afiliadas al régimen subsidiado que reciban atención por servicios fuera del POS-S pagan un porcentaje; es decir se ha tenido en cuenta la capacidad de pago según el estrato socioeconómico, con lo cual se tuvieron en cuenta los principios de solidaridad y eficiencia que rigen todo el sistema de seguridad social en salud”.

2.1.6. INCAPACIDAD ECONOMICA

Puede presentarse la circunstancia de que una persona requiera de un servicio no incluido en el Plan Obligatorio, y carece de capacidad económica, parcial o total, para asumir el costo.

Señala la Corte Constitucional que “Se entiende que una persona carece de capacidad de pago cuando no tiene los recursos para sufragar cierto costo, o cuando se afecta su ‘*mínimo vital*’.¹⁰⁷ Como lo ha reiterado en varios casos la jurisprudencia constitucional, el derecho al mínimo vital no es una cuestión ‘*cuantitativa*’ sino ‘*cualitativa*’. El mínimo vital de una persona depende de las condiciones socioeconómicas específicas en la que esta se

¹⁰⁷ Al respecto ver también, entre otras, la sentencia SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz, SV Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Antonio Barrera Carbonell), en este caso, se decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor, y se había ordenado al Ministerio de Salud y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, ‘se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis’. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional “puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.”

encuentre, así como de las obligaciones que sobre ella pesen. El derecho al mínimo vital *"no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante."*¹⁰⁸ Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona. Por ejemplo, un servicio de salud que se requiere constantemente y cuyo costo es superior a la mitad de los ingresos de la persona,¹⁰⁹ o un servicio que se requiere una sola vez, pero que equivale a casi al doble de los ingresos mensuales de la persona.¹¹⁰ Puede suceder que a una misma persona le sea imposible pagar un servicio cuyo costo es elevado pero si tenga capacidad económica para cancelar el valor de los medicamentos.¹¹¹ No obstante, la Corte no ha concedido la tutela en ciertos eventos, así el costo al servicio fuera cercano a una quinta parte de los ingresos de la

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería). En este caso la Corte dijo: "(...) Las exculpaciones presentadas por la demandada no son de recibo, pues la doctrina constitucional de esta Corporación ha señalado con palmaria claridad que el estado de liquidación de la empresa no es excusa para que ésta deje de cumplir con obligaciones que, como las mesadas que les debe a sus pensionados, son de primerísimo orden y merecen prioridad en su pago. (...) Así las cosas, esta Sala considera que Aquantioquia S.A. E.S.P violó efectivamente el derecho al mínimo vital de la señora María Edilma Cuartas López."

¹⁰⁹ Entre aquellas sentencias en las cuales la jurisprudencia constitucional no ha sido exigente se encuentran las siguientes: En la sentencia T-1066 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) resolvió que una persona con ingresos mensuales de 3'600.000 pesos no tenía la capacidad económica para asumir el costo de unas medicinas cuyo costo era superior a los 2'000.000 de pesos mensuales; en la sentencia T-044 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), teniendo en cuenta que el costo mensual del medicamento requerido ascendía a \$3.200.000, la Corte consideró que "(...) si bien los esposos Domínguez cuentan con un patrimonio líquido de \$390.000.000 e ingresos anuales por cerca de \$75.000.000, lo cierto es que la compra anual del medicamento generaría una reducción considerable en los ingresos de este núcleo familiar, toda vez que el gasto asciende a \$38.400.000, es decir, más de la mitad de los ingresos anuales."

¹¹⁰ Así lo ha decidido la Corte Constitucional en varias ocasiones. En la sentencia T-1083 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), se consideró que una persona con ingresos ha decidido en estos términos en varias ocasiones, entre otras en las siguientes sentencias

¹¹¹ En la sentencia T-984 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se tuteló el derecho de una persona a acceder a un servicio notablemente costoso que requería y no podía pagar (stents coronarios, por más de veinte millones de pesos), a la vez que se le negó el derecho a recibir sin pago unos medicamentos no incluidos en el POS, pero cuyo costo (\$150.000 mensuales) era una carga soportable por el accionante.

persona.¹¹² De otro lado, en varias ocasiones la jurisprudencia ha señalado que se presume la falta de capacidad económica en cabeza de los beneficiarios del SISBEN.¹¹³ Pero esta condición fáctica que se presume en tales situaciones, puede ser desvirtuada y, en todo caso, depende del costo del servicio a asumir. La jurisprudencia ha sostenido, incluso, que un sujeto de especial protección constitucional, en una precaria situación económica, sí tiene la capacidad de pago para asumir el costo del servicio si éste no es alto.¹¹⁴¹¹⁵

En la misma providencia citada T-760 de 2008, como reglas para establecer la capacidad económica señaló:

"4.4.5.5. Reglas probatorias para establecer la capacidad económica.

Para la jurisprudencia constitucional no es aceptable que una EPS se niegue a autorizar la prestación de un servicio de salud no incluido dentro de los planes obligatorios, porque el interesado no ha demostrado que no puede asumir el costo del servicio de salud requerido. La EPS cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las EPS consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica. Esto, sin necesidad de que se acuda a la acción de tutela. Ahora bien, de presentarse una acción de tutela, la EPS debe aportar la información al Juez de tutela, para establecer la capacidad económica

¹¹² En la sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis) se decidió que una mujer de 59 años que cotiza al sistema de salud, con ingresos anuales de 13'644.000, tiene capacidad económica para asumir un servicio de salud (arrendar mensualmente un dispositivo) que anualmente cuesta entre 3 y dos millones y medio de pesos (alrededor del 20% de los ingresos de la señora).

¹¹³ Ver al respecto, entre otras, la sentencia T-841 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis)

¹¹⁴ En la sentencia T-1008 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández) se resolvió confirmar la decisión de instancia de no tutelar los derechos a la salud y la integridad personal de la accionante (una mujer cabeza de familia, madre de una menor con síndrome de Dawn y cotizante al Sistema de Salud), quien pedía que se le autorizara el suministro de unas gafas de reemplazo a las que tenía. El costo que la accionante debía pagar por el servicio era de veintidós mil pesos (\$22.000).

¹¹⁵ T- 760 de 2008

de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o de cuotas moderadoras. El Juez de tutela debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica. Sin embargo, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos,

"A continuación se resume las principales subreglas aplicables:¹¹⁶

1. No existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante. Si bien en la SU-819 de 1999¹¹⁷ se afirmó que, en el caso que se estaba revisando, el accionante debía aportar un balance certificado por contador o su declaración de renta o un certificado de ingresos y salarios, para probar la incapacidad económica que alegaba, en fallos posteriores, esta Corporación ha aclarado que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante pruebe la incapacidad económica que alega.¹¹⁸

¹¹⁶ En la sentencia T-683 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), se resumió la línea jurisprudencial referente a la prueba de la incapacidad económica en el trámite de la acción de tutela. La descripción de las subreglas aplicables, contenida en la sentencia antes mencionada, ha sido reiterada en sentencias posteriores, entre las que se incluye la sentencia T-819 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹¹⁷ SU-819 de 1999 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

¹¹⁸ Al respecto, en la sentencia T-683 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett) se señaló lo siguiente: "De la revisión de una parte de la jurisprudencia constitucional en materia de condiciones probatorias del tercero de los requisitos (incapacidad económica del solicitante) para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS, mediante órdenes de tutela, la Corte concluye que: (...) (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba". En el mismo sentido, ver también la sentencia T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), entre otras. Que no exista una tarifa legal respecto a la incapacidad económica, no significa que no se deba probar la incapacidad. Así por ejemplo, en la sentencia T-002 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) se negó la acción de tutela porque el accionante no había probado de manera alguna que carecía de la capacidad económica suficiente para cubrir los costos de los servicios médicos que requería. Ni siquiera así lo afirmó en la demanda.

La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y que el accionante dispone de completa libertad para utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio médico determinado.

2. La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.¹¹⁹

Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados y afiliadas, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.¹²⁰

3. Los jueces de tutela tienen el deber de decretar pruebas mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica alegada por el accionante. Su inactividad al respecto, no puede conducir a que las afirmaciones del accionante al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada.¹²¹

¹¹⁹ Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-279 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-113 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería).

¹²⁰ Al respecto, en la Sentencia T-260 de 2004 (MP: Clara Inés Vargas Hernández) se señaló lo siguiente: "El accionante también afirma en su demanda no tener capacidad económica para cubrir los gastos que supone el examen recomendado, lo que no fue controvertido por la entidad accionada, a pesar de que es sabido que estas entidades poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen". En el mismo sentido, ver también la sentencia T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández) y la T-523 de 2001 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

¹²¹ Al respecto, en la Sentencia T-279 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett) se señaló lo siguiente: "Como se ha dicho en ocasiones pasadas (T-1120 de 2001) si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o el procedimiento excluido del P.O.S., lo conducente es requerirlo para que aporte prueba que demuestre esa

4. *Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,¹²² pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.*"¹²³"

situación o decretar la práctica de pruebas que apunten a desvirtuar su dicho. Pero no es justo concluir que no se reúne uno de los requisitos indispensables para acceder a la tutela demandada por la ausencia de pruebas para demostrarlo, como lo señala la sentencia que se revisa, atribuyendo esa falencia al actor, quien en la mayoría de los casos no sabe qué ni cómo puede probar un hecho determinado, dejando de lado que el juez constitucional de tutela como director del proceso debe hacer uso de la facultad oficiosa que la Ley le confiere para decretar la práctica de pruebas que estime necesarias para dictar fallo de fondo ajustado a derecho resolviendo el asunto sometido a su conocimiento (T-018 de 2001)". En el mismo sentido ver las siguientes sentencias: T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-1120 de 2001 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1207 de 2001 (MP: Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

¹²² Al respecto, ver las siguientes sentencias: T-867 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda) y T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

¹²³ Corte Constitucional, sentencia T-744 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-984 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-236A de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-805 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-888 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería).

2.1.7 CUADRO RESUMEN

	CUOTAS MODERADORAS	COPAGOS	CUOTAS DE RECUPERACION
Definición	Las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.	Los copagos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.	Son los dineros que debe pagar la población Pobre y vulnerable no cubierta con subsidio a la demanda, directamente a las IPS en algunos casos
Aplicación Según el tipo de afiliado	Régimen Contributivo: Cotizantes Beneficiarios	Régimen Contributivo: Beneficiarios	• Para población indígena e indigente no existirá cuotas de recuperación • Nivel 1 del Sisbén 5% del valor de los servicios sin exceder de 1 SMLMV por el mismo evento • Nivel 2 Sisbén 10% del valor de los servicios sin exceder de 2 SMLMV por el
		Régimen Subsidiado Todos los afiliados, excepto nivel 1 del Sisbén	

			mismo evento - Nivel 3 del Sisben 30%del valor de los servicios sin exceder de 3 SMLMV por el mismo evento - Para las personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones no incluidas en el POS –S pagarán de acuerdo al nivel del Sisbén
Servicios Objeto de Cobro	Régimen Contributivo - Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada. - Consulta externa por médico especialista. - Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. - Exámenes de	Régimen Contributivo Atención Quirúrgica y Hospitalaria	Todas las actividades, intervenciones y procedimientos, salvo usuarios con enfermedades de alto costo.

	diagnóstico por laboratorio clínico, - Exámenes de diagnóstico por imagenología - Atención en el servicio de urgencias que no sea considerada por el médico como Urgencia	Régimen Subsidiado En todos los procedimientos, salvo enfermedades de alto costo descritas en el acuerdo 306-06 del CNSSS	
Ingreso base de Cotización para aplicar el Cobro	IBC del Afiliado Cotizante	IBC del afiliado Cotizante	El valor se fija de conformidad con las tarifas SOAT Vigentes

* Se aclara que a los usuarios del régimen subsidiado a quienes se les autoriza actividades y procedimientos no pos, cancelaran cuotas de recuperación de acuerdo al nivel del Sisbén en que se encuentren.

2.2. AFILIACION AL REGIMEN SUBSIDIADO:

Son potenciales beneficiarios del régimen subsidiado, toda la población pobre y vulnerable, sin capacidad de pago. En consecuencia podrán recibir subsidio total o parcial, de conformidad con los criterios de identificación, y el orden de prioridades.

No podrán ser beneficiarias de los subsidios en salud del régimen subsidiado las personas que tengan vínculo laboral vigente, o quienes perciban ingresos o renta suficientes para afiliarse al Régimen Contributivo, quienes estén pensionados, o quienes como beneficiarios de otra persona estén afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a cualquiera de los regímenes de excepción establecidos en la normatividad vigente.

La afiliación al régimen subsidiado se realizará a través de un proceso previo denominado selección de beneficiarios, que pretende que los grupos más vulnerables sean los primeros en tener afiliación. Para este efecto la normatividad vigente determina los criterios de selección de beneficiarios así: Las alcaldías o Gobernaciones (en el caso de los corregimientos departamentales), elaborarán las listas de potenciales afiliados y afiliadas al Régimen Subsidiado, clasificados en los niveles 1 y 2 de la encuesta SISBEN, en orden ascendente de menor a mayor puntaje y de la más antigua a la más reciente, con su núcleo familiar cuando haya lugar a ello, así como en los listados censales y se priorizará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Recién nacidos.
2. Menores desvinculados del conflicto armado, bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. La población del área rural.
4. Población indígena.
5. Población del área urbana.

En cada uno de los grupos de población, descritos en los numerales 3, 4 y 5 anteriores, se priorizarán los potenciales afiliados y afiliadas en el siguiente orden:

1. Mujeres en estado de embarazo o período de lactancia que se inscriban en programas de control prenatal y posnatal.
2. Niños menores de cinco años.
3. Población con discapacidad identificada mediante la encuesta Sisbén.
4. Mujeres cabeza de familia, según la definición legal.
5. Población de la tercera edad.
6. Población en condición de desplazamiento forzado.
7. Núcleos familiares de las madres comunitarias.
8. Desmovilizados.

Los recién nacidos, la población infantil menor de 5 años y los menores desvinculados del conflicto armado bajo la protección del ICBF, podrán afiliarse sin su grupo familiar.

Como principio general la encuesta Sisbén no podrá ser aplicada por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. No obstante, cuando ello ocurra, las personas encuestadas se incluirán en los listados de potenciales beneficiarios para el siguiente período de contratación, respetando los criterios de selección y priorización.

El **Acuerdo 244 de 2003**, en su artículo 4 (**Modificado por el art. 3, Acuerdo del CNSSS 253 de 2003, Modificado por el art. 2, Acuerdo del CNSSS 304 de 2005**), establece la identificación de potenciales beneficiarios mediante instrumentos diferentes a la encuesta Sisbén. La identificación de las siguientes poblaciones se realizará sin aplicación de la encuesta Sisbén:

1. Población Infantil abandonada.
2. Población indigente.
3. Población en condiciones de desplazamiento forzado.
4. Comunidades Indígenas.
5. Población desmovilizada.

6. Núcleos familiares de las madres comunitarias.
7. Personas de la tercera edad en protección de ancianatos.
8. Población rural migratoria.
9. Población ROM.

2.2.1. PROCEDIMIENTO DE AFILIACION AL REGIMEN SUBSIDIADO

El procedimiento de afiliación al régimen subsidiado según lo contempla el artículo 11 del **Acuerdo 244 de 2003**, es el siguiente:

1. Las entidades territoriales a través de las Direcciones Departamentales, Municipales o Distritales de Salud deberán mantener en lugar visible al público en forma permanente y actualizada, el listado y la ubicación de las entidades que se encuentran autorizadas y cumplan las condiciones de habilitación para ser seleccionadas como Administradoras del Régimen Subsidiado en la Región.
2. Las entidades territoriales a través de las direcciones departamentales, municipales o distritales de salud, precisarán las condiciones con las cuales se realizará el proceso de libre elección, e informarán tanto a las entidades que se encuentran seleccionadas para administrar el Régimen Subsidiado en la región como a los usuarios.
3. Una vez aplicados los criterios de priorización para la asignación de subsidios, las entidades territoriales a través de las Direcciones de Salud de los Municipios, Departamentos y Distritos deberán divulgar en medios de fácil acceso las listas de población priorizada. Se comunicará a los potenciales beneficiarios del Régimen Subsidiado, entre los ciento veinte (120) y noventa (90) días calendario antes de iniciarse un nuevo período de contratación o de adición de los contratos vigentes por ampliación de

coberturas, que deben elegir una entidad Administradora de Régimen Subsidiado seleccionada para operar en la región.

4. Las entidades territoriales a través de las direcciones departamentales, municipales o distritales de salud, convocarán a los potenciales beneficiarios de los subsidios a participar del proceso de libre elección. El período de afiliación se llevará a cabo por acto público, entre los noventa (90) y treinta (30) días calendario antes de iniciarse un nuevo período de contratación o de adición por ampliación de cobertura a los contratos vigentes. Durante este proceso la Entidad Territorial deberá garantizar que no se presente multifiliación a las EPS del régimen subsidiado.

5. Vencido el período mencionado anteriormente y dentro de los veinte días calendario realizará un acto público, con el objeto de que se ocupen los cupos disponibles según las prioridades establecidas, teniendo en cuenta el número de personas que no acudieron en la primera convocatoria, para lo cual citará en estricto orden del listado de priorizados, a nuevos potenciales beneficiarios.

6. Una vez escogida la Administradora del Régimen Subsidiado e iniciado el período de contratación respectivo, el afiliado no podrá revocar su voluntad de afiliación durante los próximos tres años.

7. En el caso en que un potencial beneficiario no haya hecho uso del derecho de libre elección habiendo sido convocado, dentro de los términos establecidos por la Ley, deberá esperar para su afiliación, hasta el siguiente período de contratación dependiendo de la disponibilidad de recursos.

Las direcciones departamentales, municipales o distritales de salud, como parte del proceso de divulgación de deberes y derechos, deberán mantener informados a los afiliados y afiliadas sobre los resultados de la evaluación de las entidades administradoras de Régimen Subsidiado de la región, así como coordinar acciones similares al proceso de elección de entidad administradora que procuren la libre elección y transparencia en los traslados de Administradoras del Régimen Subsidiado.

El inicio de la afiliación sucede con la firma del Formulario único Nacional de Afiliación y Traslado por parte del cabeza del núcleo familiar o el acudiente o responsable en el caso de los menores de edad e inimputables. Este proceso se perfeccionará con la radicación del formulario por parte del afiliado y la entrega del carné definitivo por la Administradora del Régimen Subsidiado. Para todos los efectos legales dicha afiliación adquiere vigencia a partir del primer día del nuevo período de contratación o de la adición respectiva.

Todo recién nacido, hijo de afiliado al régimen subsidiado, automáticamente quedará afiliado a la EPS del régimen subsidiado a la que pertenezca cualquiera de sus padres, quienes deberán informar la novedad, anexando copia del Certificado de Nacido Vivo y recibiendo el carné correspondiente, dentro de los treinta días calendario siguientes a la fecha de nacimiento. Los padres contarán con treinta días calendario para aportar el Registro Civil de Nacimiento.

Todo recién nacido no cubierto por el régimen contributivo, el régimen subsidiado u otro régimen excepcional, cuyos padres o responsables de su cuidado se encuentren clasificados en los niveles 1 y 2 de la encuesta Sisbén o en los listados referidos anteriormente, quedará afiliado al Régimen Subsidiado, según la disponibilidad de cupos en los contratos de régimen subsidiado. Cuando no existan cupos disponibles en el

respectivo contrato, la EPS del régimen subsidiado, solicitará autorización a la entidad territorial para proceder a su afiliación.

La afiliación de los recién nacidos de padres no afiliados y afiliadas al Régimen Subsidiado, se realizará por parte de los padres o los adultos responsables de su cuidado, mediante la selección de Administradora de Régimen Subsidiado a más tardar treinta días calendario después de su nacimiento, para lo cual deberá diligenciar el Formulario Único Nacional de Afiliación y Traslado anexando copia del Certificado de Nacido Vivo y recibiendo el carné correspondiente. Los padres tendrán treinta (30) días calendario, a partir de esta fecha, para entregar el Registro Civil de Nacimiento. La afiliación se entenderá a partir del día en que se diligencie y radique el Formulario Único Nacional de Afiliación y Traslado.

El período de permanencia de un afiliado en la misma entidad administradora del Régimen Subsidiado será de tres años continuos. Salvo en los casos excepcionales descritos en la normatividad y que son consecuencia de la administradora.

2.2.2. TRASLADO DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO AL CONTRIBUTIVO.

El afiliado que perteneciendo al régimen subsidiado, ingrese al régimen contributivo, deberá informar a la entidad territorial en un plazo máximo de quince (15) días para que esta proceda a suspender su afiliación y la de su grupo familiar. Dicha suspensión se mantendrá hasta por un (1) año, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 1 del **Acuerdo 304 de 2005**.

La afiliación al Régimen Subsidiado del beneficiario y su grupo familiar podrá activarse nuevamente, dentro del tiempo descrito anteriormente, siempre y cuando agote los siguientes requisitos:

- Haber reportado por escrito a la entidad territorial su traslado de régimen subsidiado a régimen contributivo en el término previsto.
- Informar a la entidad territorial la pérdida del vínculo laboral que dio lugar a su afiliación al régimen contributivo y su intención de afiliarse nuevamente al Régimen Subsidiado.
- Mantener los criterios vigentes para pertenecer al régimen subsidiado.

La activación será efectiva a partir del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se presente la solicitud de activación.

La Entidad Territorial deberá informar a todos los afiliados y afiliadas del Régimen Subsidiado el procedimiento a seguir cuando se encuentren en esta situación. Igualmente informará a la EPS del régimen subsidiado los afiliados y afiliadas a los cuales se le suspenderá la afiliación dentro de los quince (15) días siguientes al reporte de traslado de régimen.

Si transcurrido el año la persona continúa afiliada al Régimen Contributivo, se cancelará su afiliación y la de su grupo familiar.

La entidad territorial tendrá la obligación de retirar a los afiliados y afiliadas que no informaron tal situación, y que aparecen doblemente reportados para el mismo mes en la

Base de Datos Única tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado. (**Acuerdo 244 de 2003**).

Cuando una persona afiliada al régimen subsidiado fije su domicilio en un municipio diferente al que se afilió al régimen subsidiado, deberá ser atendido por la red pública del municipio al cual se trasladó, e iniciar el proceso de identificación, selección y afiliación al régimen subsidiado.

Cuando el cambio de domicilio obedezca a desplazamiento forzoso, retorno o reubicación de la población desplazada, los afiliados y afiliadas serán atendidos con cargo a los recursos de la EPS del régimen subsidiado.

2.2.3. FINANCIAMIENTO DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO

El Régimen subsidiado se financia de varias fuentes:

2.2.3.1. De las entidades territoriales: a través de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, SGPS, que se destinarán previo concepto del Conpes; de los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por Empresa Territorial para la Salud (ETESA); y, un porcentaje del 25% del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital; y de recursos propios y los demás que asignen las entidades territoriales al régimen subsidiado, diferentes a los que deben destinar por Ley.

a) Del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

- Uno punto cinco de la cotización del régimen contributivo y de los regímenes especiales y de excepción;
- El Gobierno Nacional aportará un monto por lo menos igual en pesos constantes más un punto anual adicional a lo aprobado en el presupuesto de la vigencia del año 2007.
- El monto de las cajas de compensación familiar de que trata el artículo 217 de la **Ley 100 de 1993**.

b) Otros.

- Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones;
- Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el régimen subsidiado;
- El 15% de los recursos adicionales que a partir de 2007 reciban los municipios, distritos y departamentos como participación y transferencias por concepto de impuesto de rentas sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana;
- Los recursos que aporten los afiliados y afiliadas que tienen derecho a subsidio parcial y que quieran optar al subsidio pleno o al POS del régimen contributivo.

2.3. PERSONAS VINCULADAS AL SISTEMA

El artículo 157 de la **Ley 100 de 1993**, define las personas vinculadas al SGSSS como aquellas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

La **Ley 715 de 2001** define a esta población como "Población Pobre no cubierta con subsidios a la oferta"

2.4. DEBERES DE LOS AFILIADOS Y AFILIADAS Y BENEFICIARIOS DEL SGSSS

La **Ley 100 de 1993** en su artículo 160, consagró como deberes de los afiliados y afiliadas y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes:

- Procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.
- Afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Decreto 1703 de 2002, art. 3, preceptúa: "la afiliación al sistema requiere la presentación de los documentos que acreditan las condiciones legales de todos los miembros del núcleo familiar".
- Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar.
- Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y los ingresos base de cotización.

El **Decreto 3085 de 2007** surge para reglamentar parcialmente el artículo 44 de la **Ley 1122 de 2007** y específicamente frente a este deber, el artículo 5 del mencionado decreto establece "De conformidad con el artículo 8 de la Ley 828 de 2003, las Administradoras de los subsistemas de la Protección Social podrán en cualquier tiempo solicitar la documentación que requieran para verificar la veracidad del IBC y su correspondencia con los aportes efectuados o la acreditación de la calidad de beneficiarios, con el fin de

constatar que la información suministrada por el trabajador independiente coincide con la realidad, para lo cual deberá solicitar las pruebas pertinentes o las aclaraciones necesarias que justifiquen variaciones en el IBC declarado”.

- Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores a las que se refiere la presente Ley.
- Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y profesionales que le prestan atención en salud.
- Cuidar y hacer uso racional de los recursos, las instalaciones, la dotación, así como de los servicios y prestaciones sociales y laborales.
- Tratar con dignidad el personal humano que lo atiende y respetar la intimidad de los demás pacientes.

2.5. DEBERES DE LOS EMPLEADORES.

Los empleadores como integrantes del sistema general de seguridad social en salud, contraen obligaciones, que la **Ley 100 de 1993** en su artículo 161 describe así:

- Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la Entidad Promotora de Salud a la cual prefiera afiliarse, de conformidad con el reglamento. Sobre el particular el **Decreto 1703 de 2002** (modificado en algunos apartes por el **Decreto 2400 de 2002**), en su artículo 30 precisa algunos aspectos: “La afiliación al SGSSS deberá efectuarse al momento mismo del inicio de la relación laboral y deberá mantenerse y garantizarse durante todo el tiempo que dure dicha relación. Al momento de diligenciar el formulario de afiliación a la entidad promotora de salud, el empleador deberá ilustrar al trabajador sobre la prohibición existente de la múltiple afiliación, y le informará sobre las

consecuencias de orden económico que la inobservancia de esta prohibición podrá acarrearle"

- Contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es: Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, descontar de los ingresos laborales las cotizaciones y girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud.
- Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados y afiliadas, en materias tales como el nivel de ingresos y sus cambios, las vinculaciones y retiros de trabajadores. Así mismo, informar a los trabajadores sobre las garantías y las obligaciones que les asisten en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Garantizar un medio ambiente laboral sano, que permita prevenir los riesgos de trabajo y enfermedad profesional, mediante la adopción de los sistemas de seguridad industrial y la observancia de las normas de salud ocupacional y seguridad social.

2.6. SANCIONES

Los empleadores que no observen lo dispuesto en los puntos anteriores estarán sujetos a las sanciones consistentes en responder por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador, y en caso que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados y afiliadas, según sea el caso.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente¹²⁴.

Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente¹²⁵.

2.7. MONTO DE COTIZACIONES EN EL REGIMEN CONTRIBUTIVO

Frente a la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la **Ley 100 de 1993**, inicialmente determinó que sería máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado

El monto y distribución de la cotización fue modificado por el artículo 10 de la **Ley 1122 de 2007**, así: La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1o) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del

¹²⁴ Artículos 22 y 23 Ley 100 de 1993

¹²⁵ Artículos 159 a 161 Ley 100 de 1993

empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

2.8. INGRESO BASE DE COTIZACION

El ingreso base de cotización es diferente si se trata de trabajadores dependientes o independientes así:

Para los servidores públicos se tendrán en cuenta los siguientes conceptos: asignación básica, gastos de representación, prima técnica, primas de antigüedad, dominicales y festivos, horas extras y recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados.

Y para los Trabajadores particulares el salario base de cotización se obtendrá de acuerdo a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

Los trabajadores independientes y contratistas de prestación de servicios, la **Ley 1122 de 2007** en su artículo 18 establece que cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato. El contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral.

Para los demás contratos y tipos de ingresos el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas, la región de operación, la estabilidad y estacionalidad del ingreso. Cuando el contratista pueda probar que ya está cotizando sobre el tope máximo de cotización, no le será aplicable lo dispuesto en la norma.

Todos los trabajadores independientes están obligados a presentar una declaración anual a más tardar en el mes de febrero de cada año, en la cual informen a las entidades administradoras del Sistema de la Protección Social a las que se encuentren afiliados y afiliadas, en la misma fecha prevista para el pago de sus aportes, el Ingreso Base de Cotización, IBC, que se tendrá en cuenta para liquidar sus aportes a partir del mes de febrero de cada año y hasta enero del año siguiente. Conforme los dispone el **Decreto 3085 de 2007**.

Esta misma norma sostiene que cuando el trabajador independiente no presente su declaración de Ingreso Base de Cotización anual en la fecha prevista, se presumirá que el Ingreso Base de Cotización es igual a aquel definido para el período anual anterior y sobre el mismo se realizará la autoliquidación y pago del mes de enero de cada año.

El trabajador independiente deberá modificar la declaración Anual de IBC siempre que se produzcan cambios en sus ingresos. La variación temporal antes mencionada, sólo será efectiva por un período máximo de tres (3) meses, período dentro del cual no se podrá realizar otra novedad de variación temporal.

El articulado de la norma así mismo establece otras condiciones para los trabajadores independientes con ingresos de 1 salario mínimo legal mensual, al igual que los efectos de la variación injustificada del IBC.

El Gobierno Nacional reglamentó el pago de aportes al sistema general de seguridad social a través de la denominada Planilla Integral de Liquidación de Aportes PILA.

El artículo 3 del **Decreto 510 de 2003**, equiparó la base de cotización para el régimen de seguridad social en pensiones y el sistema General de Seguridad Social en Salud, para tal efecto estableció:

“La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

2.9. COTIZACIONES EN INCAPACIDAD O LICENCIA DE MATERNIDAD

El artículo 40 del **Decreto 1406 de 1999**, establece el ingreso base de cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad

Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.

El inciso 2 del citado artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado¹²⁶, el cual establecía: "En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, el pago del valor de los aportes que se causen a favor del Sistema de Salud, en la parte que de ordinario corresponderían al aportante con trabajadores dependientes, será responsabilidad de la EPS a la cual se encuentre afiliado el incapacitado. En este evento, la EPS descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente. El valor de los aportes que, de conformidad con lo establecido en el presente inciso, corresponde cubrir a la EPS, se adicionará al valor de la respectiva incapacidad"

En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las

¹²⁶ En lo que corresponde al segundo inciso del artículo 40 antes transcrito, la Sala observa que, en efecto, contraría los artículos 161, 210, parágrafo, y 204 de la Ley 100 de 1.993, por cuanto traslada a las EPS unas obligaciones que son, en todo caso, cuando se trata de trabajador dependiente, del empleador y del trabajador, ya que tales normas no prevén excepción alguna respecto de tales obligaciones. Según estos preceptos, los aportes que se causen a favor del Sistema de Salud son de cargo del empleador, en proporción de dos terceras partes, y una tercera parte, a cargo del trabajador. Para ello no interesa, como lo exponen el actor y el Ministerio Público, que el trabajador se encuentre en incapacidad o en licencia de maternidad, por cuanto la relación o el vínculo laboral se mantiene vigente. Estos eventos no implican solución de continuidad en ella. En el mismo orden de ideas, viola el artículo 207 de la Ley 100 de 1.993, en cuanto deja a cargo de las trabajadoras el pago de las cotizaciones durante la licencia de maternidad. Por lo demás, la definición del régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para "el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados y afiliadas", según las normas del régimen contributivo, es una función atribuida al Consejo Nacional en Salud y no al Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 172, numeral 8 de la Ley 100 de 1.993, razón por la cual este último, efectivamente, asumió una competencia que no le correspondía. Esta facultad no se enmarca, en modo alguno, en la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control que, de modo general, confiere al Gobierno Nacional y al Ministerio de Salud el artículo 170 de la Ley 100 de 1.993. Al no prever las normas superiores invocadas que las EPS deban asumir el pago de las cotizaciones de los aportes causados a favor del Sistema de Salud, correspondientes a los trabajadores afiliados y afiliadas a ellas, el decreto resulta, entonces, violatorio de dichas disposiciones. En consecuencia, se declarará la nulidad del inciso en mención. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA,, ocho de junio del dos mil, Radicación número: 5709

incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad. En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS.

En ningún caso el Ingreso Base de Cotización que se establece para los eventos que contempla el presente artículo podrá ser inferior a las bases mínimas de cotización que la Ley establece para los diferentes riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral.

Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados y afiliadas deberán presentar su autoliquidación de aportes al Sistema a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencia o incapacidad.

2.10. PERÍODOS DE COTIZACIÓN PARA PROFESORES

Los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo contrato de trabajo se entienda celebrado por el período escolar, tendrán derecho irrenunciable a que el empleador efectúe los aportes al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por la totalidad del semestre o año calendario respectivo, según sea el caso,

aun en el evento en que el período escolar sea inferior al semestre o año calendario.
(Artículo 69 **Decreto 806 de 1998**)

2.11. COTIZACIÓN EN VACACIONES O PERMISOS REMUNERADOS

Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados de acuerdo a lo establecido en el artículo 70 del **Decreto 806 de 1998**, se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de la respectivas vacaciones o permisos

La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso.

En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales.

En el sector público podrá pagarse en forma anticipada las cotizaciones correspondientes al período total de la incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados.

2.12. COTIZACIÓN EN SITUACIÓN DE HUELGA O SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El artículo 71 del **Decreto 806 de 1998**, establece que en los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado,

pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato.

En el caso de suspensión disciplinada o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período. Artículo 171 **Decreto 806 de 1998**

2.13. COTIZACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS CUANDO PRESTAN EL SERVICIO EN EL EXTERIOR.

Para los funcionarios del sector público que deban cumplir sus funciones en el exterior se deberá contratar la prestación de servicios de salud a través de entidades aseguradoras, mediante contratos que suscriba el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, de manera tal que todos los funcionarios reciban el mismo plan dentro de las mejores condiciones del mercado extranjero. El Régimen General de Seguridad Social en salud les será aplicable una vez el funcionario retorne al país. Así lo establece el artículo 72 del **Decreto 806 de 1998**

2.14. NOVEDADES RELACIONADAS CON LA AFILIACION

2.14.1 Suspensión de la afiliación

El **Decreto 183 de 1997** establece que cuando se ha causado un mes de mora en el pago de cotizaciones, queda suspendida la afiliación a partir del primer día hábil del mes siguiente.

Posteriormente el **Decreto 1406 de 1999**, en su artículo 57 determina que la afiliación a la EPS será suspendida después de un mes de no pago de la cotización correspondiente al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso, o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un afiliado dependiente no cancele la UPC adicional que corresponda.

Sobre esta causal de suspensión de la afiliación debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 43 de la **Ley 789 de 2002**, que establece que "Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado hasta por un período máximo de seis (6) meses verificada la mora, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales. La EPS respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la Ley."

La anterior norma fue objeto de examen por la Corte Constitucional, mediante sentencia **C-800/03** , y fue declarada exequible, "por lo cargos analizados en esta sentencia, en el entendido de que, en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio", salvo la expresión "hasta por un período de seis (6) meses verificada la mora", que se declara INEXEQUIBLE.

Cuando la suspensión de la afiliación ocurra por causa del empleador o de la administradora de pensiones, correrán por su cargo los costos por los servicios que en materia de salud llegaren a requerir sus pensionados, empleados y los beneficiarios de

éstos, sin perjuicio de pagar los aportes atrasados y las sanciones a que haya lugar por este hecho. La EPS que brinde servicios a los afiliados y afiliadas cuya cobertura se encuentra suspendida conforme a lo dispuesto en el inciso anterior, podrá repetir contra quien resulte responsable, por el total de los costos en que haya incurrido. El valor del reembolso que se obtenga constituirá un recurso de la respectiva entidad administradora y, en caso de que ésta obtenga el pago de las cotizaciones atrasadas, deberá girar íntegramente el valor de las mismas, y proceder a la compensación de las UPC correspondientes a dichos períodos.

En el caso de los riesgos cubiertos bajo el SGSSS, si los valores recibidos de un aportante que se encuentre en mora por concepto de cotizaciones no resultaren suficientes para cubrir los costos generados, la EPS deberá informar al aportante la situación a través del envío de una cuenta de cobro, expedida dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la última fecha límite para pagar las cotizaciones. Si el aportante requerido no cancela las cotizaciones cobradas dentro de los siguientes diez días hábiles al recibo de la cuenta de cobro, la afiliación de sus trabajadores se mantendrá suspendida, conforme a lo establecido en el artículo 58 del **Decreto 1406 de 1999**.

Cuando por falta de pago de las cotizaciones, se haya suspendido la afiliación en el SGSSS, será necesario que se pague la totalidad de aportes obligatorios en mora, para el levantamiento de dicha suspensión.

Las entidades promotoras de salud serán las encargadas de adelantar las labores administrativas y ejercer las acciones correspondientes a fin de garantizar un oportuno y completo recaudo de los aportes que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Entidad Promotora de Salud compensará por cada uno de los períodos cancelados. Respecto al tema de la desafiliación el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, estableció:

“ARTÍCULO 209. SUSPENSIÓN DE LA AFILIACIÓN. El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase.

La Corte Constitucional declaró la citada disposición condicionalmente exequible mediante Sentencia **C-177/98** del 4 de mayo de 1998, en la parte resolutive de la Sentencia se precisó; "Declarar EXEQUIBLE el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en los casos que se aplique a los afiliados y afiliadas al sistema contributivo no vinculados a través de relación de trabajo. En relación con los asalariados y servidores públicos, la norma es EXEQUIBLE pero en los términos señalados en los fundamentos 25, 29, 30, 31, 33 y 34 de esta sentencia"

En los fundamentos citados la Corte distingue las dos consecuencias previstas en las normas, ya que establece no solo la interrupción de la prestación del servicio sino también la suspensión de la afiliación. Estima que la “suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios” por lo que considera “que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia”, y respecto de la “interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no

corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente." No obstante lo anterior advierte la Corte que "que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la Ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono".

En la fundamentación de la sentencia aludida, la Corte precisa las consecuencias que deparan la no cotización de un trabajador dependiente y un independiente:

"la Corte concluye que el primer segmento del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, según el cual 'el no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio' es claramente constitucional cuando se trata de la suspensión de servicios en caso de personas no vinculadas a través de relación laboral, esto es de pensionados, jubilados y trabajadores independientes, pues ellos directamente deben realizar los pagos de las correspondientes cotizaciones. Por el contrario, y como se ha visto en los anteriores fundamentos de esta sentencia, es necesario condicionar el alcance de esta norma a fin de adecuarla a la Carta, cuando se trata de trabajadores dependientes y a servidores del Estado, pues una

aplicación literal puede transgredir los artículos, **49** y **13, 83** de la Constitución. Es por ello que se declarará la exequibilidad condicionada de ese aparte". Y distingue la situación frente a la no causación de intereses establecida en la norma examinada, en el sentido de que para el empleador incumplido es inconstitucional y para el trabajador independiente no.

2.14.2. Desafiliación y pérdida de la antigüedad

Procederá la desafiliación a una EPS en los casos enumerados a continuación, los cuales están contenidos en artículo 2 del Decreto 2400, el cual modifica el artículo 10 del **Decreto 1703 de 2002** (modificado en algunos apartes por el **Decreto 2400 de 2002**):

- a) Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional.
- b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente.
- c) Cuando el trabajador independiente pierde su capacidad de pago e informa a la entidad promotora de salud, EPS, tal situación, a través del reporte de novedades.
- d) Para los afiliados y afiliadas beneficiarios, cuando transcurran tres meses de suspensión y no se entreguen los soportes de la afiliación requeridos por la entidad promotora de salud, EPS, en los términos establecidos.
- e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, el cual quedará como cabeza de grupo.

f) Cuando la Entidad Promotora compruebe la existencia de un hecho extintivo de la calidad de afiliado, cuya novedad no haya sido reportada;

g) Cuando la Superintendencia Nacional de Salud defina quejas o controversias de multiafiliación;

Las EPS, presentarán semestralmente informes consolidados a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los casos de desafiliación.

Si la persona afiliada obtiene capacidad de pago, podrá reingresar a la misma EPS, cuando no haya cumplido el tiempo para traslado a otra EPS. Para efectuar la reafiliación solamente deberá reportar la novedad.

Cuando se presente desafiliación por mora en el pago de aportes, la persona deberá afiliarse, nuevamente a la EPS en la cual se encontraba vinculado y pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del **Decreto 2400 de 2002**.

La EPS deberá enviar en forma previa al afiliado una comunicación en los términos establecidos en el artículo 11 del **Decreto 1703 de 2002** (modificado en algunos apartes por el **Decreto 2400 de 2002**),.

El procedimiento para realizar la desafiliación en los términos consignados en el artículo 11 del **Decreto 1703 de 2002** (modificado en algunos apartes por el **Decreto 2400 de 2002**), será:

- La entidad promotora de salud, EPS, deberá enviar al afiliado una comunicación por correo certificado, en un tiempo no inferior a un mes en la cual se describan de manera precisa las razones que motivan la decisión, indicándole la fecha a partir de la cual se hará efectiva la medida.
- Antes de la fecha en que se lleve a cabo la desafiliación, el aportante podrá acreditar o efectuar el pago de los aportes en mora o entregar la documentación que acredite la continuidad del derecho de permanencia de los beneficiarios. En este evento, se restablecerá la prestación de servicios de salud.
- Una vez desafiliado el cotizante y sus beneficiarios, el empleador o la administradora de pensiones para efectos de afiliar nuevamente a sus trabajadores y pensionados, deberán pagar las cotizaciones en mora a la entidad promotora de salud, EPS, a la cual se encontraba afiliado, En este caso el afiliado y su grupo familiar perderán el derecho a la antigüedad. A partir del mes en que se efectúen los pagos se empezará a contabilizar el periodo mínimo de cotización y la entidad promotora de salud, EPS, tendrá derecho a efectuar las compensaciones que resulten procedentes.
- En caso de controversias, la Superintendencia Nacional de Salud procederá en los términos previstos en el artículo 77 del **Decreto 806 de 1998**

Se presentan situaciones en las cuales algunas EPS no informan oportunamente la desafiliación de sus afiliados y afiliadas al Régimen Contributivo de Salud dentro de los términos y con los requisitos establecidos en el **Decreto 2400 de 2002**, lo cual dificulta el traslado al Régimen Subsidiado.

Por la situación anteriormente mencionada y como mecanismo para asegurar que las EPS lleven a cabo el procedimiento indicado, el Ministerio de la protección Social expide la **Resolución 3221 de 2007**, en la cual se listan los procedimientos para adelantar el cambio del estado de afiliación a desafiliación de usuarios.

El artículo 2 de la resolución mencionada, establece "El administrador de la Base de Datos Única de Afiliados y afiliadas, BDUA, antes del primer proceso de compensación de cada mes procederá a actualizar en la BDUA con base en la información reportada por las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, el estado de afiliación a "DESAFILIADO" de aquellos afiliados y afiliadas (Cotizantes, Beneficiarios, Adicionales) del régimen contributivo, que lleven mínimo cuatro (4) meses consecutivos sin haber sido presentados en el proceso de compensación y/o en el reporte de saldos no compensados. La fecha que se aplicará para la desafiliación será el último día del último período de cotización presentado en compensación o en saldos no compensados anterior a los cuatro (4) meses mencionados.

Y en su parágrafo primero describe el procedimiento para adelantar el cambio del estado de la afiliación de los afiliados y afiliadas al estado "DESAFILIADO", así:

- El Administrador Fiduciario de los Recursos del Fosyga deberá remitir el archivo EARC descrito en el anexo técnico de la presente resolución a cada Entidad Promotora de Salud y EOC del Régimen Contributivo, el tercer (3er) día hábil del mes, con los resultados obtenidos en el segundo proceso de compensación del mes inmediatamente anterior.
- Una vez recibido el archivo EARC por cada una de las entidades, estas deberán a más tardar el sexto (6to) día hábil del mes en que recibió la información, remitir al

Administrador Fiduciario de los Recursos del Fosyga, el archivo RARC, descrito en el anexo técnico de la presente resolución, el cual debe contener la respuesta a todos y cada uno de los registros enviados previamente en el archivo EARC. De no ser enviado este archivo dentro del término establecido, se procederá al cambio de estado de la totalidad de afiliados y afiliadas reportados. Se entienden por no enviados, también los registros correspondientes a los afiliados y afiliadas que no puedan ser leídos del medio magnético.

Igualmente, el Administrador Fiduciario de los Recursos del Fosyga remitirá copia de los archivos EARC y RARC a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que dicha entidad investigue las razones por las cuales la EPS y EOC no cumplió con el deber de informar al Fosyga sobre la desafiliación.

El párrafo segundo ratifica la responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, de notificar al cotizante sobre la desafiliación de conformidad con lo establecido en el Decreto 1703 de 2002, sin perjuicio de la responsabilidad que tienen ante los afiliados y afiliadas y entes de control y vigilancia por las consecuencias que se derivan de la actualización que el Fosyga adelanta a través del Administrador Fiduciario con base en la información reportada.

El artículo 64 del **Decreto 806 de 1998**, regula los eventos en los cuales procede la pérdida de la antigüedad.

Preceptúa que los afiliados y afiliadas pierden la antigüedad acumulada en los siguientes casos:

- Cuando un afiliado cotizante incluya a beneficiarios que deben ser reportados como cotizantes. En este evento perderán la antigüedad tanto el cotizante como los beneficiarios;
- Cuando un afiliado se reporte como empleador sin realmente serlo o cuando es reportado, a sabiendas, con salarios inferiores al real. Para este efecto bastará la prueba sumaria;
- Cuando un afiliado cotizante se afilie al Régimen Subsidiado sin tener el derecho correspondiente;
- Cuando un trabajador independiente a través de actos simulados pretenda cotizar como trabajador dependiente, creando una vinculación laboral inexistente para todos los efectos legales;
- Cuando se suspende la cotización al Sistema por seis o más meses continuos;
- Cuando el afiliado cotizante o beneficiario incurra en alguna de las siguientes conductas abusivas o de mala fe:
 - Solicitar u obtener para sí o para un tercero, por cualquier medio, servicios o medicamentos que no sean necesarios.
 - Solicitar u obtener la prestación de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud a personas que legalmente no tengan derecho a ellos.
 - Suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa, incompleta o engañosa.
 - Utilizar mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del Sistema o tarifas más bajas de las que le corresponderían y eludir o intentar eludir por cualquier medio la aplicación de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

Se anota que el literal f) fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia de 23 de febrero de 2006, **Radicado 00175** M.P: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

2.15. PERIODOS MINIMOS DE COTIZACION

Los períodos mínimos de cotización establecidos en el artículo 164 de la **Ley 100 de 1993**, en concordancia con el artículo 61 del **Decreto 806 de 1998**, han sido modificados en cuanto al número de semanas se refiere. El Literal h Art. 14 La **Ley 1122 de 2007**, dispone que a los afiliados y afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se les exigirán períodos mínimos de cotización o de carencia superiores a 26 semanas.

A los afiliados y afiliadas se les contabilizará el tiempo de afiliación en el Régimen Subsidiado o en cualquier EPS del Régimen Contributivo, para efectos de los cálculos de los períodos de carencia;

- Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.
- Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato. Estas instituciones cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes”.

- Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo como responsables de las funciones de aseguramiento que no hubieren tenido en cuenta lo previsto en el literal h) del artículo 14 de la **Ley 1122 de 2007**, negando la prestación del servicio, deberán adelantar las gestiones necesarias para que aquellas personas que cuenten con el número de semanas exigido, les sean autorizados los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, POS, en condiciones de oportunidad y calidad.
- Las Entidades Promotoras de Salud, contabilizarán el tiempo de afiliación tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo, independientemente de la EPS en la cual estuviere afiliado el usuario, para calcular los períodos de carencia.

2.16. MOVILIDAD EN EL SISTEMA

El traslado voluntario de un usuario podrá hacerse a partir de un año de afiliado a esa EPS, en concordancia con lo establecido en el artículo 25 de la **Ley 1122 de 2007**. El mismo articulado contempla que el usuario que vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta, podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia en esta. La Superintendencia Nacional de Salud podrá delegar en las entidades territoriales la autorización de estos traslados. Las aseguradoras que incurran en estas conductas, serán objeto de sanciones establecidas en la Ley por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, salvo las limitaciones a la libre elección derivadas del porcentaje de obligatoria contratación con la red pública.

La movilidad de acuerdo a lo establecido en la **Ley 1122 de 2007**, en su artículo 25, estará determinada por las siguientes consideraciones:

- Las personas sólo podrán trasladarse de EPS una vez cancelados 12 meses de pagos continuos. Este período no será tenido en cuenta cuando se presenten casos de deficiente prestación o suspensión de los servicios.
- Los cotizantes que incluyan beneficiados en fecha diferente a aquella en la cual se produjo su afiliación a la EPS, deberán permanecer el tiempo que sea necesario para que cada uno de sus beneficiarios cumpla el período señalado en el numeral anterior, salvo en el caso del recién nacido.

La Entidad Promotora de Salud que con conocimiento acepte a un afiliado que no haya cumplido con el período mínimo de permanencia, será solidariamente responsable con el afiliado por los gastos en que haya incurrido el Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente de las sanciones que pueda imponer la Superintendencia por desconocimiento de las normas.

Cuando se excluya como beneficiario un cónyuge, podrá incluirse el compañero(a) permanente que acredite dos años de convivencia o el nuevo cónyuge cuando acredite el nuevo vínculo.

Cuando un afiliado desee trasladarse de EPS, deberá realizar la solicitud a la nueva EPS con por lo menos 30 días calendario de anticipación. Copia de esta solicitud deberá ser entregada por el afiliado al empleador.

La Entidad Promotora de Salud a la cual se traslade el afiliado, deberá notificar tal hecho a la anterior, en la forma que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.

El artículo 25 de la **Ley 1122 de 2007**, en concordancia con lo establecido por el artículo 46 del **Decreto 326 de 1996**, Derogado **Decreto 1406 de 1999** determina que el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador o el pensionado tendrá a su cargo la prestación de los servicios hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

El trabajador independiente que se haya trasladado de EPS adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, debe ponerse al día con las obligaciones económicas pendientes con el sistema, de lo contrario no procederá el traslado.

2.17. COBERTURA DE SERVICIOS Y PERIODO DE PROTECCION LABORAL

El ingreso de un afiliado cotizante tendrá efectos para la entidad administradora en el Sistema de Seguridad Social Integral desde el día siguiente al que se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta debidamente diligenciado el respectivo formulario de afiliación. No obstante, la cobertura durante los primeros treinta días será únicamente en los servicios de urgencias. El resto de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud les serán brindados treinta días después siempre y cuando se hubiere efectuado el pago de la cotización respectiva (art. 74 **Decreto 806 de 1998**)

El trabajador independiente una vez inscrito y cancelada su primera cotización, tendrá derecho a recibir conjuntamente con su familia de manera inmediata, la totalidad de los beneficios contemplados en el plan obligatorio de salud.

Una vez terminada la relación laboral, o con la pérdida de la capacidad de pago del trabajador independiente, que conlleve a la suspensión del pago de las cotizaciones, el trabajador y su núcleo familiar gozarán de los beneficios del plan obligatorio de salud hasta por 30 días más contados a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado al sistema como mínimo los doce meses anteriores. Cuando el usuario lleve 5 años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de 3 meses, contados a partir de la fecha de su desafiliación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 75 y parágrafo del **Decreto 806 de 1998**

Durante el período de protección laboral, y de acuerdo a lo contemplado en el artículo 76 del **Decreto 806 de 1998**, al afiliado y a su familia sólo les serán atendidas aquellas enfermedades que venían en tratamiento o aquellas derivadas de una urgencia. En todo caso, la atención sólo se prolongará hasta la finalización del respectivo período de protección laboral. Las atenciones adicionales o aquellas que superen el período descrito, correrán por cuenta del usuario.

Mediante el **Decreto 0047 DE 2000**, se regulo la afiliación y se dictaron otras disposiciones referentes al tema.

2.18. CONTROLES ADICIONALES PARA EMPLEADORES

El **Decreto 1703 de 2002** (modificado en algunos apartes por el **Decreto 2400 de 2002**), en sus articulados 25 a 28 establece los controles adicionales para empleadores:

2.18.1. De la construcción. Los curadores urbanos y demás autoridades competentes para estudiar, tramitar y expedir las licencias de construcción y urbanismo, velarán en el

trámite correspondiente y en la ejecución de la obra, que el solicitante titular se encuentre cancelando sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social respecto de todos sus trabajadores en proyectos en ejecución bajo su responsabilidad.

2.18.2. Trabajadores de Transporte público. Para efectos de garantizar la afiliación de los conductores de transporte público al Sistema General de Seguridad Social en Salud, las empresas o cooperativas a las cuales se encuentren afiliados y afiliadas los vehículos velarán porque tales trabajadores se encuentren afiliados y afiliadas a una entidad promotora de salud, EPS, en calidad de cotizantes; cuando detecten el incumplimiento de la afiliación aquí establecida, deberán informar a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia.

2.18.3. Empresas de Vigilancia privada, Cooperativas de vigilancia privada, empresas de transporte de valores y escuelas de capacitación. Para la renovación de la licencia de funcionamiento a estas empresas requerirán la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, respecto de los trabajadores a su servicio.

2.18.4. Las Empresas de Servicios Temporales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 **Decreto 1703 de 2002** (modificado en algunos apartes por el **Decreto 2400 de 2002**), con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo, estarán obligadas a entregar a la entidad beneficiaria o contratante de los servicios, copia de los documentos que acrediten el cumplimiento de sus obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Jurisprudencia

J

La consulta de la jurisprudencia seleccionada permite tener una mejor comprensión de los temas tratados en la unidad y proporciona elementos adicionales tanto para la realización de las actividades pedagógicas como para la autoevaluación.

2.19.1. Sentencia C-130/02

M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA

Libertad de configuración legislativa en sistema de seguridad social en salud. Régimen contributivo de seguridad social en salud. Definición, Afiliados y afiliadas obligatorios. Régimen subsidiado de seguridad social en salud. Personas más pobres y vulnerables y grupos familiares sin capacidad de cotizar. Beneficiarios. Participantes vinculados no constituyen un tercer régimen. Acceso en calidad de afiliados y afiliadas o no.

Existencia de un mínimo de servicios igual para todos. Principio de solidaridad en sistema general de seguridad social en salud.

"... 7. La seguridad social en materia de salud

La Constitución Nacional le asigna a la seguridad social dos características esenciales: por un lado le atribuye el carácter de derecho irrenunciable de toda persona y, por el otro, la instituye como servicio público de carácter obligatorio, el cual puede ser prestado por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, de conformidad con la Ley. La regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios está a cargo del Estado (art. 48).

Igualmente, establece expresamente que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la seguridad social, ordenando al Estado, con la participación de los particulares, ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

En el artículo 49 del mismo Estatuto se consagra que todas las personas pueden acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y en los artículos 365 y 366 ibídem que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, de conformidad con la Ley.

El derecho a la seguridad social pertenece a la categoría de los derechos prestacionales o asistenciales, para cuya eficacia se requiere de procedimientos y entidades que permitan

hacerlos efectivos. "Se trata de un derecho calificado por el tenor literal de la Carta como de la segunda generación; además que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que requiere de una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación, le da a este derecho a la seguridad social un carácter temporo - espacial, reconocido por el Constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48), lo viene a diseñar con una cobertura progresiva que comprenda todos los servicios que, como parte de él, determine la Ley."¹²⁷

8. Competencia del legislador para regular la prestación de los servicios de salud y, por consiguiente, para establecer regímenes de afiliación.

La facultad del legislador para regular el sistema de seguridad social en materia de salud emana de la misma Constitución, en cuyos artículos 48, 49 y 365, le confieren una amplia potestad para hacerlo. Entre las actividades que puede realizar se destacan las siguientes: organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud para toda la población colombiana, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control; fijar los términos en los cuáles la atención básica para todos los habitantes debe ser gratuita y obligatoria; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades públicas o privadas, cuya vigilancia y control siempre estará a cargo del Estado; señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en esta materia, organizar el sistema de salud en forma descentralizada por niveles de atención, entre lo más relevante.

Para efectos del desarrollo legislativo de estas atribuciones, el Congreso no goza de una capacidad de configuración total, "por cuanto la Carta establece unos principios básicos que obligatoriamente orientan la seguridad social, y que por ende limitan la libertad de configuración del Legislador."¹²⁸ Dichos límites están señalados en la misma Constitución Política, y son tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma), como de carácter sustancial, que están determinados por los valores y principios en que se funda el Estado social de derecho (dignidad de la persona humana) y en las cláusulas propias del modelo económico de la Constitución (intervención del Estado y planificación económica, propiedad privada y libertad de empresa e iniciativa privada)."¹²⁹

¹²⁷ Ibidem

¹²⁸ Sent. Ibidem

¹²⁹ Sent. C-616/01. M.P. Rodrigo Escobar Gil

Dentro de ese marco de acción bien puede el Legislador establecer distintos modelos u opciones para la oportuna, efectiva y eficaz prestación de los servicios de salud, pues como tantas veces se ha reiterado, "las cláusulas de la Constitución que establecen el deber del Estado de proporcionar a los ciudadanos un servicio eficiente de salud, son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza el Estado constitucional de derecho. El Estado puede optar por distintos sistemas o modelos de seguridad social en salud, lo que corresponde a la órbita propia de la valoración política del legislador, y mientras se respete el núcleo esencial de las libertades públicas y de los derechos fundamentales."¹³⁰

En ejercicio de tales facultades constitucionales, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, reguladora del Sistema Integral de Seguridad Social en materia de salud y de pensiones. En lo que se refiere a la salud, que es el punto de interés en este proceso, estableció dos regímenes distintos de afiliación al mismo: el régimen contributivo y el régimen subsidiado. Este último con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Los aspectos más relevantes de uno y otro régimen son los que se enuncian a continuación:

9. El régimen contributivo lo define la misma Ley 100 en el artículo 202, como el "conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador."

Son afiliados y afiliadas obligatorios a este régimen las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago (art. 157 Ley 100/93), quienes deben pagar una cotización o aporte económico previo, el cual puede ser financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con el empleador.

La prestación del servicio propiamente dicho, está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, por delegación del Estado, quienes a la vez están autorizadas para contratar la atención de los usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud IPS.

Las EPS están encargadas también de recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados y afiliadas a este régimen, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De cuyo monto debe descontar el valor de la Unidad de Pago por Capitación UPC, por cada usuario, fijada en el Plan Obligatorio de Salud, y trasladar la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía.

¹³⁰ ibídem

10. El régimen subsidiado, lo define el artículo 211 ib, en éstos términos: “es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley.” Mediante este régimen se financia la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.

Así las cosas son beneficiarios del régimen subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, sin capacidad de pago, teniendo especial importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y post parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodista independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago (arts. 257, 212 y 213 Ley 100/93).

La administración de este régimen corresponde a las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud, las cuales están autorizadas para celebrar contratos de esa índole con las denominadas Administradoras del Régimen Subsidiado ARS, que pueden ser públicas o privadas, a las cuales les corresponde manejar los recursos, afiliar a los beneficiarios, prestar directa o indirectamente los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado POS -S, etc.

11. Respecto de los denominados participantes vinculados que, dicho sea de paso son temporales y solamente se pueden vincular al sistema subsidiado, los define el artículo 157 ib, así: “son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”.

Las personas vinculadas tienen acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, entre las cuales se encuentran las Instituciones Prestadoras de Salud IPS, mientras logran su afiliación al régimen subsidiado, como ya se ha anotado.

En este orden de ideas, observa la Corte que el legislador reglamentó los dos (2) regímenes enunciados, estableciendo claras diferencias en cuanto a su organización, administración, funcionamiento, forma de afiliación, financiación, manejo de recursos, costos, UPC, entre

otros ítems, en desarrollo de la potestad que le confiere la Constitución en los artículos 48 y 49.

12. La diferencia existente entre los regímenes contributivo y subsidiado para efectos de la prestación del servicio de salud se encuentra plenamente justificada, es proporcional y razonable y, por ende, no quebranta el principio de igualdad. Diferencia entre clases de regímenes y tipos de participantes al sistema.

Antes de entrar a analizar el cargo formulado por la actora sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad, considera la Sala del caso hacer un paréntesis para precisar cuáles son los dos (2) regímenes establecidos en el Sistema de Seguridad Social en Salud y su diferencia con los tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a fin de delimitar el objeto a que se contrae el cargo.

En el presente caso, como ya se ha dicho, el legislador debidamente autorizado por la Constitución, procedió a organizar el Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo y definiendo claramente dos (2) regímenes bien distintos: a) El Contributivo y, b) El Subsidiado, basado en un criterio relevante: la capacidad económica de los afiliados y afiliadas.

En este sentido debemos precisar que sólo existen los dos (2) regímenes antes enunciados; no obstante, existe un grupo poblacional que dadas las circunstancias de la cobertura inicial y progresiva del sistema no le es posible acceder en principio a ninguno de los dos (2) Regímenes, lo cual no obsta para que el Estado no le preste la atención en salud, grupo al que se le denominó por la Ley 100 de 1993 "participantes vinculados" que como se señaló constituyen un grupo poblacional que no tiene capacidad de pago y que aún no han sido afiliados y afiliadas al Régimen Subsidiado a través de una A. R. S.; sin embargo, reciben la atención en salud a través de las entidades públicas y privadas con las que el Estado tiene contrato para la prestación de servicios de salud.

Esta clase de participantes al Sistema de Seguridad Social en Salud son transitorios, pero, no por ello constituyen un tercer régimen, como claramente se desprende del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 que se refiere ya no a los regímenes de Seguridad Social en Salud, sino a los "sujetos protegidos" denominándolos "participantes en el Sistema de Seguridad Social en Salud", para señalar que, a partir de la vigencia de la citada Ley, todo colombiano participará del servicio público esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de tal manera, que unos lo harán en su condición de afiliados y afiliadas al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Esto es, que accederán a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados y afiliadas o deban afiliarse a alguno de los dos (2) regímenes establecidos.

En conclusión tenemos, dos (2) regímenes bien definidos: a) El contributivo y, b) el subsidiado; y tres (3) tipos de participantes en el sistema general de seguridad social, a saber: a) Participantes afiliados y afiliadas al régimen contributivo, b) participantes afiliados y afiliadas al régimen subsidiado y, c) participantes vinculados.

Señala además el artículo 157 ib., que "a partir del año 2000 todo colombiano deberá estar vinculado al sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el plan obligatorio de salud de que habla el artículo 162".

La Sala Plena se permite llamar la atención del Gobierno en el sentido de indicar que no obstante, como se indicó anteriormente el grupo de participantes vinculados está llamado a desaparecer, por cuanto para el año 2000 todos los habitantes del territorio nacional deberían estar ya formando parte de alguno de los dos (2) regímenes y para esta época ya no debían existir vinculados al sistema, se observa que aún existe este grupo de personas cuando de hecho ha debido cumplirse las preceptiva legal desde hace dos (2) años, sin que hasta la fecha se haya dado estricto cumplimiento.

El derecho a la salud, como lo ha reiterado la Corte, en principio es un derecho prestacional, que sólo adquiere el rango de derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal u otros derechos fundamentales de los individuos. Los derechos prestacionales, como lo ha reiterado esta Corte, se tornan en fundamentales "cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección."¹³¹ En ese orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (C.P. arts. 48 y 49)."¹³²

Cabe aclarar aquí que por mandato expreso del artículo 44 superior, el derecho a la salud de los niños es fundamental y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status.

¹³¹ SU-562/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹³² *ibidem*

Ahora bien: el principio de igualdad, vale la pena recordarlo, no comporta la identidad numérica, de manera que bien puede el legislador y debe, en defensa del mismo principio, hacer distinciones entre supuestos o situaciones que en realidad requieren ser tratados en forma diferente debido a la relevancia de circunstancias fácticas.

Así las cosas “dos situaciones pueden ser fácticamente iguales con respecto a un cierto criterio, sin que ello signifique que deban ser tratadas jurídicamente de la misma forma. Igualmente, dos situaciones pueden ser diversas con respecto a otro criterio y no por ello deben obligatoriamente ser reguladas en forma distinta. El criterio relevante o *tertium comparationis* tiene que ver con la finalidad misma de la norma que establece la diferencia de trato, esto es, a partir del objetivo perseguido por la disposición se puede determinar un criterio para saber si las situaciones son o no iguales.”¹³³

En aplicación de tal principio se prohíben las diferencias que sean arbitrarias o injustificadas desde un punto de vista jurídico, esto es, que no se funden en motivos objetivos y razonables, o que sean desproporcionadas en su alcance o contenido. Ello implica una evaluación de los efectos y un juicio de razonabilidad de la diferencia, pues como es sabido, “la igualdad es básicamente un concepto relacional, que de forma necesaria conduce a un proceso de comparación entre dos situaciones tratadas de forma distinta, en el que es preciso efectuar una valoración de la diferencia. Sólo tras el análisis de las características de cada supuesto que se compara, de la entidad de la distinción, de los fines que con ella se persigue, podrá concluirse si la medida diferenciadora es o no aceptable jurídicamente.”¹³⁴

Se tiene claro, que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sólo existen dos (2) regímenes: a) Contributivo y, b) Subsidiado, basados en un criterio predominante, más no único, como lo es la capacidad de pago. En efecto, en el régimen contributivo la persona afiliada cuenta con capacidad de pago y por ello se le exige el pago de una cotización o aporte; en el régimen subsidiado la persona afiliada carece de esa capacidad de pago, por pertenecer a la franja de población que por su condición económica y social corresponde a la más pobre y vulnerable del país y, por consiguiente, no está obligada a realizar dichos aportes.

Distinción que también incide en las distintas fuentes de financiación en uno y otro régimen, pues mientras que el contributivo se alimenta de las cotizaciones obligatorias de los afiliados y afiliadas y los aportes del presupuesto nacional; el subsidiado se sostiene con recursos estatales y la solidaridad de las personas que pertenecen al régimen contributivo quienes deben aportar un porcentaje de sus ingresos con ese propósito, y de

¹³³ Sent. C-461/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹³⁴ *Ibidem*

los recursos que recibe del Fondo de Solidaridad y Garantía. En un Estado "con limitaciones económicas como el nuestro, donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal, determina que la sociedad y los particulares participen, en la medida de su capacidad económica individual y con esfuerzo en la misma, para poder ofrecer a todos el servicio en condiciones que realicen su dignidad humana y permitan destinar una especial atención y protección de las personas menos favorecidas. La vigencia de un esquema de participación de la sociedad en los cometidos estatales de orden social, así diseñado, facilita la realización materia de un orden justo, basado en el respeto de la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos."¹³⁵

Como se puede observar, la capacidad de pago se convierte así en un aspecto relevante que justifica plenamente la existencia de distintos regímenes y mal haría el legislador en desconocer esta situación frente a una realidad social evidente: la capacidad económica de los afiliados y afiliadas a uno y otro. El sistema contributivo está edificado y estructurado sobre la base del recaudo de unos recursos (aportes o cotizaciones) que hacen los afiliados y afiliadas al mismo, mientras que en el régimen subsidiado ellos no existen, porque las personas que pertenecen a él carecen precisamente de recursos económicos para contribuir. Esta la razón para que la Ley hubiera establecido distintas fuentes de financiación, administración y manejo de tales regímenes.

Lo que pretende la demandante en últimas, es que se unifique el sistema de seguridad social en salud para que todos los habitantes se sujeten a un régimen idéntico, lo cual en sentir de la Corte es plausible y deseable siempre que se buscara la igualdad óptima, es decir, que el régimen aplicable fuera aquél en el que se consagren los mejores servicios, prestaciones, etc, pero ello no puede lograrse en forma inmediata pues existen razones de orden económico, social y político, que impiden al Estado hacerlo en un momento histórico determinado, de ahí que el mismo constituyente haya autorizado al legislador para ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social y, por ende, de los servicios de salud, como se consagra en el artículo 48 del Estatuto Supremo. Lo que sí exige es que todos los habitantes tengan acceso al servicio de salud.

No se olvide que los derechos derivados del sistema general de seguridad social en salud, como lo ha sostenido esta Corte, "en principio, son de naturaleza programática y de desarrollo progresivo. Y esa naturaleza programática se deriva del esfuerzo presupuestal y de planificación que debe desplegar el Estado, de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en la medida en que se elaboren los respectivos planes y se obtengan los recursos para desarrollarlos, se crearían las condiciones de eficacia que permitan exigir dichas prestaciones como derechos subjetivos¹³⁶. La consagración del

¹³⁵ Sent. C-542/98 M.P. Hernando Herrera Vergara

¹³⁶ Sent. T-118/01 M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano

derecho a la salud y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, *de una sola vez*, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones, todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio¹³⁷. La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios."

Para la Corte no hay duda que estos pronunciamientos aún continúan teniendo vigencia, sin embargo es importante añadir que si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes del territorio colombiano debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo.

En consecuencia, es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya reiterado, refiriéndose al derecho a la salud, que si bien el nivel de desarrollo juega un papel fundamental para ese fin, ello *"no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades. El principio de progresividad exige mas bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales."*

Este punto de vista concuerda con el expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1165/00¹³⁸, en el que expresó respecto de la disminución de recursos para el régimen subsidiado lo siguiente: "esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado, 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

¹³⁷ Sent. C-599/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³⁸ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

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."

En razón a lo expuesto, considera la Corte que el legislador no violó la Constitución al establecer regímenes distintos para la prestación de los servicios de salud, pues dicho ordenamiento expresamente lo autoriza para organizar, dirigir y reglamentar los servicios de salud para que todos los habitantes del territorio nacional puedan acceder a ellos (arts. 48 y 49 C. P.). La distinta situación material en que se encuentran las personas que deben afiliarse al régimen contributivo frente a las que deben hacerlo al régimen subsidiado justifica plenamente la creación de los dos (2) regímenes establecida por el legislador, pues los primeros contribuyen al sistema por tener capacidad de pago para aportar, mientras que los segundos están exentos de ese deber por carecer de medios económicos para hacerlo.

En este sentido podemos afirmar que, no siempre la capacidad económica de las personas es la que determina el grado de atención en salud, porque debe existir siempre un mínimo de servicios de salud que tiene que ser igual para todos, permitiendo concluir que, no todo el sistema de salud está determinado por la capacidad económica de las personas, pues también se aplica el principio de la solidaridad, en virtud del cual quienes no tienen recursos económicos para cotizar al sistema reciben la atención en salud y son beneficiados con los recursos que se reciben a través del FOSYGA cuya finalidad es garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos.

Entonces, no siempre la capacidad de pago es condición para acceder al derecho a la salud porque hay circunstancias en las cuales la salud debe protegerse aunque no haya capacidad de pago, como lo ha hecho la Corte en muchos casos en que a través de la acción de tutela se concede el amparo del derecho fundamental a la salud a quienes no tienen capacidad de pago y que requieren la atención en salud.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que tanto los afiliados y afiliadas al régimen contributivo como al subsidiado tienen derecho a recibir los servicios de salud comprendidos en los respectivos planes básicos y obligatorios de salud, garantizando de esta forma el legislador el derecho irrenunciable a la salud.

Distinta situación se presentaría si la Ley hubiera excluido del sistema de seguridad social en salud a algún sector de la población, pues ello sí vulneraría abiertamente la Constitución (arts. 48 y 49). No siendo entonces éste el evento que aquí se presenta,

procede la Corte a declarar exequibles los artículos demandados, únicamente, por el cargo de igualdad analizado, esto es, porque el legislador está constitucionalmente autorizado para organizar y reglamentar el sistema general de seguridad social en salud y, por ende, para establecer regímenes diferenciales en materia de salud, siempre y cuando su contenido normativo no vulnere los cánones constitucionales, lo que deberá analizarse en cada caso particular y concreto, cuando contra tales normas se interponga la correspondiente acción ciudadana y se indique la razón o motivo por el cual ellos son violatorios de la Constitución. ..."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL

Radicación 27145 07/1/06

MP. CAMILO TARQUINO GALLEGO

Validez afiliación persona discapacitada

".... El otro tema propuesto es el atinente a la calificación de fraudulenta que le otorgó el sentenciador, a la afiliación de HERNÁNDEZ ESCOBAR, conclusión a la que arribó luego de referirse a la pérdida que sufrió, de su capacidad para laborar, en un 59%.

En el plano fáctico, se advierte que en realidad en el documento de folio 186 aparece una orden de 5 de marzo de 1999, de la Jefe del Departamento de Pensiones, al del Departamento Comercial del mismo Instituto para que *"realice investigación administrativa"*; a folio 188 obra informe del Técnico de Servicios Administrativos, que rindió al último funcionario mencionado, en el que da cuenta de la recepción, que dice, hizo de una declaración al hijo de Hernández Escobar; mientras que a folio 189 figura la declaración de Gabriel Ángel Vásquez.

El 30 de noviembre de 2000 dicho Técnico de Servicios Administrativos, remitió proyecto de resolución y adjuntó un *"comentario"* (folios 195 a 196); ese proyecto negó la pensión de sobrevivientes porque, según la nota anexa, el causante *"TENIA EN TRAMITE PENSION DE INVALIDEZ CON FECHA DE ESTRUCTURACION 04.03.96 CON UN 59% DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y NO SE ENCONTRABA AFILIADO AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES DEL ISS EN LA CITADA FECHA.*

"POR LO ANTERIOR NO ES PROCEDENTE SUSTITUIR LA PRESTACION ECONOMICA". (Mayúsculas del original folio 197).

Luego, el 13 de junio de 2001, se designó una investigadora y se recepcionaron una pruebas, entre ellas la declaración de Vivian Giraldo (folios 199 y ss).

De lo visto es evidente que la aludida investigación no se inició, menos se realizó cuando el señor Hernández Escobar solicitó la prestación por invalidez, sino que se verificó con

posterioridad a la reclamación de sobrevivencia, por parte de la actora, y en ese sentido, tal investigación no fue la que dio lugar a la negativa del ISS para el reconocimiento pensional, sino que fue, tal cual quedó transcrito, la falta de afiliación del citado Hernández antes de la fecha de su invalidez. Y en todo caso, como lo indica el recurrente, la reseñada averiguación administrativa finalizó en la forma precisada.

No es que se exija que el ISS declare la invalidez de la afiliación ni de las cotizaciones, sino que se observa que en este caso el demandado estimó equivocadamente que Villescas de Hernández pretendía la sustitución de la pensión de invalidez, cuando aspiraba a la de sobrevivientes, reclamación que tenía como causa la muerte del afiliado al ISS, mas no la estructuración de una invalidez.

Ahora, en lo que hace al tema jurídico, también tiene razón el censor, toda vez que el ad quem desconoció la existencia de las previsiones legales que no impiden, y por el contrario, incentivan y estimulan las vinculaciones laborales de las personas con discapacidades, al punto de conceder beneficios tributarios a quienes así procedan. En efecto, la Ley 361 de 1997, en su artículo 22 estableció:

"El Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación, para lo cual utilizará todos los mecanismos adecuados a través de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, Salud Pública, Educación Nacional y otras entidades gubernamentales, organizaciones de personas con limitación que se dediquen a la educación, a la educación especial, a la capacitación, a la habilitación y a la rehabilitación.

"Igualmente el Gobierno establecerá programas de empleo protegido para aquellos casos en que la disminución padecida no permita la inserción al sistema competitivo.

Y en el 24, previó: *"Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:*

"a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente Ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación;

"b) Prelación en el otorgamiento de créditos subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con limitación;

"c) El Gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación. El Gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario.

Mientras que en el precepto 26, se dispuso: *"En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo".*

Tales preceptivas, como también lo señala el recurrente, tienen su sustento en postulados de orden constitucional, específicamente en el artículo 54, en cuanto prevé en lo pertinente que *"El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud"*; así mismo en el artículo 48, que consagra la seguridad social como derecho fundamental de todos los habitantes, derecho que corresponde a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya dirección y control debe cumplir el Estado.

Precisamente, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, también acusado por su infracción directa, se refiere a las categorías de afiliados y afiliadas, sin distinciones; mientras que el artículo 2-b, alude al reseñado principio de universalidad, que se concibe como *"la garantía de la protección, para todas las personas, sin discriminación, en todas las etapas de la vida"*. De allí que un criterio como el del Tribunal, que considera, al minusválido, automáticamente excluido del campo laboral y de la seguridad social, se sustrae de dicho postulado, lo contraría, al desdeñar a una persona, por sus limitaciones físicas o motoras y por considerarla incapaz de ejercer cualquier oficio, labor, actividad, dejándola sin la protección y la asistencia debidas, cuando por su carácter de persona con menos capacidad, la hace parte de una población más vulnerable y más necesitada de amparo y atención.

Negar el acceso al mercado laboral y a la seguridad social, por padecer la persona una invalidez parcial, como en este caso el 59%, que no general o total, es comportamiento contrario a los mencionados principios o postulados constitucionales y legales, ya que se desconoce la normatividad que habilita e incentiva las actividades laborales de esa población.

Así, resulta inaceptable agregar al infortunio de salud de una persona, por su estado de discapacidad, el tildarla de inútil o totalmente improductiva y reducirla al ostracismo, a la ociosidad y hasta la vagancia, solamente por tener una merma de su capacidad para trabajar.

En ese orden, la discapacidad o disminución de la aptitud de una persona no implica su inutilidad, su total incompetencia, ni su anulación o exclusión del mercado del empleo, porque bien puede tener destrezas y potenciales laborales en distintos ámbitos. De allí que la sociedad y el Estado deben permitir su desarrollo, propiciando su trabajo, y no privarlos de tener una vida activa y de obtener un ingreso derivado de su propio esfuerzo, de acuerdo con el grado de su limitación.

La imposibilidad de desempeñar, en condiciones regulares el mismo oficio o profesión que anteriormente podía ejercer, no privan al discapacitado de eventualmente llevar una vida laboral parcialmente activa, bien sea en el mismo campo en el que se ha desenvuelto, o en uno diverso. De ahí que, como el Tribunal consideró lo contrario, incurrió, se repite, en la infracción legal denunciada y por ello se casará la sentencia que confirmó la absolutoria de primer grado.

Para la definición de instancia, conviene recordar que, en este caso, no se reclamó una prestación o sustitución derivada de la pensión por invalidez que solicitó HERNÁNDEZ ESCOBAR, sino que se pretendió la pensión de sobrevivientes originada en la afiliación del citado al sistema general de pensiones y, por supuesto, en su muerte, acaecida en noviembre de 1998. Incluso, acerca de la satisfacción de los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para lograr la mencionada prestación, esto es las 26 semanas de cotizaciones (el causante sumó 43, folio 80) y la condición de cónyuge de la actora y de madre de CESAR JULIÁN, DIANA CAROLINA y FABIÁN HERNÁNDEZ VILLESAS (ver registros de folios 98 a 100 y 137), el *ad quem* se pronunció de modo afirmativo, sólo que, a la postre, equivocadamente, según se explicó, sostuvo que el afiliado estaba en total imposibilidad física de trabajar y que ello acarreaba el calificativo de ser fraudulenta su afiliación al sistema pensional.

Adicionalmente, procede resaltar que según el médico MEJÍA ARANGO, la falta de capacidad para trabajar, de HERNÁNDEZ ESCOBAR, no era respecto a todo tipo de actividad, sino a una *"acorde con su profesión y su formación educativa"* (folios 216 y ss), es decir que no se excluyeron todas las labores, sino apenas las referidas a las reseñadas circunstancias, las que incluso se evidencian en el documento de folio 153, en el que quedó anotado que cursó estudios de primaria y que durante 14 años, HERNÁNDEZ ESCOBAR fue *"vendedor"*, mientras que por otros 20, *"vaquero"*.

Luego, correspondía estimar que el citado tenía aptitud para desarrollar otras actividades, como las de mayordomo, que implicaban más manejo directivo, de mando, vigilancia o control, que un esfuerzo físico, el cual en todo caso, podía desplegar parcialmente, si se considera que conservaba un 41% de su capacidad.

Ahora, el hecho de que quien diera el trabajo a HERNÁNDEZ ESCOBAR fuera su sobrina, como se destacó en las instancias, no puede tener, como indefectible consecuencia, el descarte de la existencia de la relación laboral, porque ello sería presumir la mala fe de los contratantes, en contravía del principio consagrado en los artículos 83 de la C.P. y 769 del CC.

No es más lo que debe decirse para revocar la absolución impartida por el Juzgado del conocimiento, y, en su lugar, condenar al ISS al pago de la pensión de sobrevivientes desde el 30 de noviembre de 1998, por valor no inferior al salario mínimo legal; además se reajustará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de 1993. También procede la condena solicitada por concepto de intereses moratorios en la forma prevista en el artículo 141 de la citada Ley.

No hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción propuesta por el accionado, toda vez que, según la Resolución de folio 4, repetida a folio 140, la accionante reclamó la pensión de sobrevivientes directamente a la Institución, el 8 de febrero de 1999, mientras que la demanda con la que se inició este proceso, se presentó el 25 de noviembre de 2003 (folio 56), después de haberse agotado los trámites ante el ISS, referentes a los recursos interpuestos contra las decisiones negativas de esa entidad; de forma que la actora esperó el tiempo que utilizó el ISS para resolver sus peticiones, para luego acudir a la Jurisdicción Ordinaria.

En lo que hace con el auxilio funerario reclamado en la demanda inicial, y que fue objeto de inconformidad en la apelación, se advierte que el Tribunal no emitió pronunciamiento alguno y por lo tanto, el interesado debió solicitar la adición de la sentencia, de conformidad con el artículo 311 del CPC. De este modo, al no haberse estudiado esa petición, quedó por fuera del debate.

Respecto a la solicitud del recurrente a través de escrito allegado con posterioridad a la presentación de la demanda de casación (folios 69 y 70) de examinar si la afirmación del opositor, acerca de que *"nada de lo que se afirma en la demanda en este específico cargo es verdad. Todo es mentira..."*, *"se compadece con el trato que se debe dar a las personas que intervienen en la administración de justicia"* y en especial a los apoderados, se observa que a la Corte no le corresponde un pronunciamiento, por no ser de su competencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de fecha 10 de mayo de 2005, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso que FLORALBA VILLESAS DE HERNÁNDEZ promovió contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

En sede de instancia REVOCA la decisión absolutoria de primer grado, para en su lugar CONDENAR al accionado al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, más los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. SE CONFIRMA la absolución respecto al auxilio funerario reclamado.

2.21.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL.

Radicación 31025 30/07/07

M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Dependencia económica beneficiarios

VIII. SE CONSIDERA

Primeramente es de advertir que este cargo gira en torno a un aspecto puramente jurídico, que no es otro que la exégesis y alcance que el sentenciador de segundo grado le imprimió a la expresión *"si dependían económicamente de forma total y absoluta"* contenida en el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, como requisito para tener por beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres del causante, norma aplicable para los casos de muerte del afiliado por riesgos profesionales, por virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 776 de 2002, donde la censura pone de presente que para efectos de este cargo comparte las conclusiones fácticas a las que arribó el Tribunal, y por tanto cualquier mención a algún medio de convicción en el desarrollo de la acusación no desestima el ataque, resultando en estas circunstancias infundado el reproche técnico que en este sentido la réplica le enrostró a la acusación.

Pues bien, debe la Sala comenzar por acotar, que conforme lo determinó el *ad quem*, al ser un hecho indiscutido dentro de la *litis*, que el asegurado LUIS ALEJANDRO GIRALDO CARDONA falleció el 12 de noviembre de 2003, según se desprende del registro civil de defunción obrante a folio 9 del cuaderno del Juzgado, es el citado precepto legal literal d) del artículo 13 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, el que verdaderamente gobierna el asunto en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en su versión anterior a la sentencia de constitucionalidad C-111 del 22 de febrero de 2006 que declaró la inexequibilidad de algunos apartes de la norma, sienta su texto original del siguiente tenor:

"Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

*47.- Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
(.....)*

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de éste...."

De acuerdo con la motivación de la sentencia acusada, el Juez colegiado al interpretar la norma en comento, razonó diciendo que la noción de dependencia económica "total y absoluta", se traducía en la *"carencia de ingresos adicionales"* del padre que aspira a acceder a la pensión de sobrevivientes por ocasión del fallecimiento de su hijo, y que luego de la posterior declaración de inexequibilidad de la expresión *"de forma total y absoluta"* según sentencia C-111 de 2006, quedaron dos caminos interpretativos para los eventos en que la muerte del afiliado tuviera lugar entre la expedición de la Ley 797 de 2003 *"29 de enero de 2003"* y la fecha en que se profirió el aludido fallo de constitucionalidad *"22 de febrero de 2006"*, como en esta oportunidad ocurre, el primero consistente en aplicar la disposición en su tenor literal o íntegramente, sin que haya lugar a un análisis jurídico distinto al significado de su texto y por ende exigir la dependencia total y absoluta, y el segundo relativo a inaplicar el aparte del precepto legal que resulta contrario a la Constitución Política y al principio constitucional de la proporcionalidad, acudiendo a la figura de la *"excepción de inconstitucionalidad"*, de los cuales el Tribunal estimó que el último era el más adecuado, aunque aclaró que en el caso en particular no era necesario ponerlo en práctica, porque al verificar la prueba recaudada *"el demandante ni siquiera demostró dependencia económica de su hijo antes de que éste falleciera"*.

A su vez, el recurrente al increpar la intelección que antecede, le endilga al fallo censurado la interpretación errónea de la aludida preceptiva legal, bajo el argumento jurídico consistente en que el Juez Colegiado no tuvo en cuenta que *"el verdadero querer que tuvo el legislador para proteger a los padres que dependen económicamente de sus hijos, es que tal dependencia, sólo desaparece cuando efectivamente está probado que los padres tienen ingresos que no los haga subordinados de sus hijos"*, que la orientación legal y jurisprudencial es que *"los padres del causante tienen derecho a la pensión de sobrevivientes por razón de la dependencia económica cuando tienen ingresos, pero tales ingresos no los convierte en autosuficientes, lo que significa que sí son autosuficientes, no son dependientes económicamente"*, debiéndose probar *"cuantos son los ingresos reales del demandante que lo hagan autosuficiente"*, pues cualquier ingreso no convierte a los ascendientes en autosuficientes económicamente como erradamente lo concluye el Tribunal, donde cada caso debe mirarse de manera independiente, lo cual también produjo la infracción directa de otras disposiciones como son los artículos 11 de la Ley 776 de 2002 y 141 de la Ley 100 de 1993.

Visto lo anterior, esta Corporación observa que el Tribunal no cometió los yerros jurídicos que le atribuye el censor, puesto que lo inferido alrededor del tenor literal de la norma cuestionada, es ni más ni menos lo que es dable extraer de la misma, esto es, que el legislador con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003 y específicamente en su artículo 13 numeral d) fijó como requisito para poder reconocer la pensión de sobrevivientes en cabeza de los padres, la dependencia económica total y absoluta, lo que en estricto rigor no permitiría que éstos tuvieran un ingreso personal o recursos propios de ninguna clase; más sin embargo, como también lo advirtió la Colegiatura, lo de "total y

absoluta" de la dependencia, era abiertamente inconstitucional como en efecto lo declaró posteriormente la Corte Constitucional en sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, lo cual resulta acorde con los parámetros jurisprudenciales que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral había adoctrinado, en el sentido de que tal exigencia de la dependencia económica, está concebida bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, con la precisión de que *"no descarta que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal"* (sentencia del 11 de mayo de 2004 radicado 22132, reiterada en decisiones del 7 de marzo de 2005 y 21 de febrero de 2006 con radicación 24141 y 26406 respectivamente).

Así las cosas, a contrario de lo que asevera la censura, en ningún momento el Tribunal al interpretar la norma de marras, sostuvo que cualquier ingreso convertía al padre en autosuficiente económicamente, y más bien lo que estimó fue que cuando la muerte del afiliado se producía en el interregno habido entre la promulgación de la Ley 797 de 2003 y el fallo de inexequibilidad C- 111 de 2006, pese a lo consagrado originalmente en el citado literal d) del artículo 13 que introdujo la expresión *"total y absoluta"* de la dependencia, se debía entender que esa dependencia económica allí exigida no puede tener tal connotación por ir en contravía de la Carta Superior, interpretación que en últimas coincide con la inteligencia o alcance que persigue el recurrente en casación.

Lo que sucede es que tal dependencia económica en los términos que se acaban de delinear, indudablemente se erige como una situación que sólo puede ser definida y establecida para cada caso concreto, pues si los ingresos que perciben los padres fruto de su propio trabajo o los recursos que éstos obtengan de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto de la norma para poder acceder al derecho pensional, y es por esto, que se ha puntualizado jurisprudencialmente que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, y en esta eventualidad no se cumpliría las previsiones señaladas en la Ley.

Adicionalmente es pertinente agregar, que no es del todo cierto lo afirmado por el censor en uno de los pasajes de la acusación, en cuanto a que el fallador de alzada le quitó el carácter de dependiente económico al padre demandante, por razón del sólo hecho indiscutido de la edad, en contra de lo previsto en la norma, al considerarlo relativamente joven y una persona productiva por tener 44 años para la data de la muerte de su hijo, dado que como se lee en la decisión impugnada, se aceptó que este elemento *"no guarda relación directa"* con las disposiciones que regulan el tema de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y por ende en sentir del sentenciador, esa condición sirve es como un referente más dentro de un contexto lógico, para estimar como en este caso ocurre, que por

no ser el actor de avanzada edad puede solventarse de manera autónoma sin depender de otra persona, más sin embargo, es menester aclarar que la edad frente a la dependencia económica debe examinarse en cada caso, lo cual para el sub lite por el estudio que se hizo, la inferencia de la Colegiatura resulta ajustada a derecho.

Por consiguiente, el Juez de apelaciones le dio al precepto legal en cuestión una interpretación que se aviene a su cabal y genuino sentido, tanto en su texto original como luego de haberse declarado inexecutable apartes del mismo.

De otro lado, el Tribunal tampoco incurrió en la violación de la infracción directa del artículo 11 de la Ley 776 de 2002, toda vez que si bien no aludió a tal disposición, lo cierto es que centró su estudio en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que son las normas a que se remite el primero de los preceptos legales reseñados, para establecer los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de origen profesional. Igualmente no era del caso aplicar el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que regula lo concerniente a los intereses de mora, ya que en la alzada no se impartió condena por el derecho pensional implorado.

Por último, en lo que atañe a la carga de la prueba que la censura le atribuyó a la ARP accionada, en el sentido que es ésta quien debe demostrar en la litis *"cuantos son los ingresos reales del demandante que lo hagan autosuficiente"*, es de acotar que cuando se reclama directamente ante el empleador o la entidad administradora de la seguridad social, indudablemente toda la carga de acreditar la dependencia económica la tiene el que ostente el interés jurídico como beneficiario para reclamar la pensión, empero dentro de un proceso judicial esta regla puede variar, habida consideración que en principio a la parte actora le basta con probar por cualquier medio de los legalmente autorizados ser dependiente económicamente del causante, y será la accionada quien debe demostrar dentro de la contienda la existencia de ingresos o rentas propias del ascendiente que lo hacen autosuficiente respecto de su hijo fallecido.

2.21.4. Sentencia T-120/99

M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento. Omisión de afiliación de trabajador y familiares por empleador.

"... I. INFORMACION PRELIMINAR

...

Según la demanda, para desarrollar sus actividades, la compañía utiliza máquinas especiales y refrigerantes que generan un alto riesgo de accidentalidad y enfermedades profesionales, no obstante lo cual y también a pesar de la indudable vinculación laboral de IBAGON MORALES, la empresa se ha negado a afiliarlo al sistema de seguridad social.

Al respecto, el accionante ha requerido varias veces a su empleador, pidiéndole que consigne las cuotas dejadas de cancelar, sin respuesta positiva.

Informa el demandante que, en algunas ocasiones, tanto él como su familia -cuando lo han necesitado- se han visto precisados a acudir a un médico particular, corriendo con los costos correspondientes.

Dice el trabajador, al solicitar amparo para sus derechos fundamentales:

"Por culpa de la sociedad accionada mi familia se encuentra ante un riesgo y peligro inminente de quedar desprotegida en el evento en que (yo) sufra una invalidez, enfermedad profesional o, en el peor de los casos, que deje de existir, de acuerdo con lo previsto en los artículos 45 y 46 de la Ley 100 de 1993, a pesar de que, de acuerdo al tiempo de servicio en la empresa, daría para obtener estos beneficios si ésta hubiese hecho oportunamente los aportes que le corresponden por Ley".

Alude también a su situación en cuanto al número de semanas que se requiere haber cotizado para pensión de jubilación y, en su caso, para que el grupo familiar pueda obtener la pensión de sobrevivientes, a la luz de la Ley 100 de 1993.

Invoca como violados los artículos 13, 42, 44, 45, 48 y 49 de la Constitución Política y solicita que, para tutelar sus derechos, los de su familia y en particular los de sus niños, se ordene a la sociedad responsable de los mencionados agravios que cancele las cuotas dejadas de pagar al sistema de seguridad social durante su vinculación laboral con ella.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

...

2. Procedencia de la tutela contra una omisión que implica amenaza para los derechos fundamentales. Obligación patronal de asumir la totalidad de los riesgos que se generen en relación con la salud del trabajador y su familia. Reserva del medio ordinario para que por vía judicial se liquide y ordene pagar las sumas dejadas de cotizar

Como resulta del expediente, la sociedad demandada ha incurrido en una flagrante violación de las normas constitucionales y legales que le imponen afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social.

En efecto, las afirmaciones del actor han de tenerse por ciertas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y según reiterada jurisprudencia de esta Corte, toda vez que el Despacho de primera instancia, mediante auto del 10 de julio de 1998, solicitó a "FANARRAD LTDA" que informara si el actor estaba afiliado a alguna E.P.S. y a un Fondo

de Pensiones y que, si ello era así, remitiera copia de la respectiva afiliación y de los pagos efectuados, sin que el requerimiento judicial hubiese sido respondido.

La Corte debe insistir en que la seguridad social para los trabajadores y sus familias no es una dádiva del patrono ni algo que dependa de su libre voluntad, sino un derecho inalienable de aquéllos, que hace parte de las condiciones dignas y justas que deben rodear las relaciones de trabajo (arts. 25 y 53 de la Constitución y, en concordancia con ellos, el 48 Ibídem), lo que significa una correlativa y perentoria obligación de todo patrono, quien no puede eludir la afiliación de sus empleados al sistema contemplado en la Ley, desde cuando principia el vínculo laboral en cualquiera de sus formas (Cfr., entre otras, la Sentencia T-166 del 1 de abril de 1997, de esta misma Sala).

Por eso -ha dicho la Corte-, la omisión del patrono implica que él asuma, de su bolsillo y de manera total, los costos que genere la atención de la salud del trabajador -por enfermedades profesionales o no profesionales, accidentes de trabajo o ajenos al mismo, atención médica, intervenciones quirúrgicas, terapias, tratamientos, consultas, medicamentos y todo lo necesario para su pleno restablecimiento- y, por supuesto, también de manera integral, la de la familia de aquél, que ha debido ser beneficiaria de los servicios correspondientes. También -claro está- en el expresado evento debe el patrono cancelar todas las cuotas dejadas de consignar a título de aporte, desde el primer día del vínculo de trabajo, y si fuere el caso de que, habiendo solicitado el trabajador reconocimiento de su pensión de jubilación, le hubiese sido negada por faltar semanas de cotización a causa de la omisión patronal, a cargo del patrono está el pago de las mesadas pensionales, de manera indefinida, mientras el requisito legal queda cumplido y la entidad de seguridad social principia a extender efectivamente su cobertura pensional en favor del extrabajador, para lo cual parte de la base de que se ha cotizado lo legalmente previsto.

A ese respecto, ha de reiterar la Sala:

"El Estado garantiza, según el artículo 53 de la Constitución, el derecho al pago oportuno de las pensiones legales y a su reajuste.

En ningún caso (...) podría sostenerse como compatible con los postulados constitucionales la conclusión según la cual una persona que haya laborado durante el tiempo legalmente previsto, cumpliendo los demás requisitos señalados por el legislador, pueda quedar despojada de su pensión de jubilación de manera absoluta e inapelable por culpa de la negligencia o el incumplimiento de otro, en especial si ese otro es precisamente el patrono para quien laboraba.

Para la Corte es evidente que, si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que está obligado para los fines del cómputo del tiempo de

cotización que configura el derecho de una persona a la pensión, debe asumir el pago de las mesadas pensionales en tanto, por dicha causa, la entidad de seguridad social se niegue a hacerlo". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-334 del 15 de julio de 1997. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Ahora bien, la omisión de la que se trata es una de aquellas previstas en el artículo 86 de la Constitución, ya que existe una relación directa entre ella y la efectiva y actual amenaza para los derechos fundamentales del trabajador y sus allegados, en especial los niños, todos los cuales, por la exposición e indefensión a que se ven abocados en razón del expresado motivo, tienen su salud, su integridad personal y aun su vida en permanente y grave riesgo.

De tal modo que sí cabe la tutela para proteger los aludidos derechos, por verse afectado el mínimo vital de los interesados y por la inexistencia de un procedimiento judicial expedito para lograr, con la suficiente celeridad, la indispensable afiliación del empleado y de sus familiares a la entidad especializada que haya de cubrir con eficiencia y oportunidad sus requerimientos de salud.

Pero tuvieron razón los jueces de instancia en cuanto consideraron improcedente la tutela para obtener el pago de las cuotas dejadas de cancelar por el patrono. Al respecto, ya resuelto el problema de la amenaza inminente y próxima en lo concerniente a la salud y la vida de quienes integran el núcleo familiar, queda a los jueces ordinarios la decisión relacionada con la liquidación y pago, por la empresa, de lo que ha debido aportar en el pasado para los fines de pensión de jubilación y, en su caso, de pensión sustitutiva.

Además, no hay en el expediente elementos de juicio que permitan establecer con certidumbre la cuantía de lo que deba aportar el patrono por el indicado concepto, lo que se reserva al estudio, evaluación y determinación de la jurisdicción ordinaria.

Así, pues, los fallos objeto de examen serán confirmados en lo que toca con el segundo aspecto enunciado, pero se adicionarán en cuanto debe concederse protección judicial frente a la amenaza que la omisión patronal representa para los derechos a la vida, la integridad personal y la salud del trabajador y su familia, y en punto de la efectiva violación de la que el accionante ha sido víctima en su derecho al trabajo, que ha debido desenvolverse en condiciones dignas y justas, como lo manda el artículo 25 de la Constitución.

DECISION

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- En cuanto negaron la tutela para obtener el pago de cuotas de seguridad social dejadas de cancelar por el patrono, lo que debe resolverse por la jurisdicción ordinaria, CONFIRMANSE los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito y por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá los días 22 de julio y 30 de septiembre de 1998, respectivamente.

Segundo.- ADICIONANSE los aludidos fallos, en el sentido de CONCEDER la tutela únicamente en lo relativo a la omisión del patrono sobre afiliación de su trabajador al sistema de seguridad social.

En consecuencia, ORDENASE al representante legal de la Sociedad "FANARRAD LTDA", domiciliada en Santa Fe de Bogotá, D.C., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este Fallo, si ya no lo hubiere hecho, afilie a su trabajador, JOSE GREGORIO IBAGON MORALES, a una entidad de seguridad social, y que mientras se cumplen los trámites correspondientes y principia la efectiva prestación de los servicios, ASUMA de manera total, de su propio peculio, todas las contingencias de salud del trabajador mencionado y de su familia.

El desacato a lo aquí previsto será sancionado en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- DESE cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.21.5. Sentencia T-731/04

M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Derecho fundamental a la salud cuando se trata de un menor. Obligación EPS de aceptar afiliación. Entidad promotora de salud y empresa de medicina prepagada. Funciones que desempeñan en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Contrato de medicina prepagada- prevalencia del interés superior del menor.

De la afiliación de la madre se desprende el derecho del recién nacido a recibir los servicios de salud incluidos en el POSS.

Procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de las empresas de medicina prepagada. La obligación de las empresas de medicina prepagada de verificar que sus beneficiarios se encuentren afiliados y afiliadas al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

"... Problema jurídico

Compete determinar a esta Sala de Revisión si los derechos fundamentales del menor Jacobo Giraldo Arango a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la integridad física, han sido vulnerados por Coomeva E.P.S. y Salud Coomeva Medicina Prepagada, en tanto la primera se ha negado a aceptar la afiliación de su madre al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante, impidiendo que ésta, a su vez, lo vincule como su beneficiario; y dado que la segunda se ha rehusado a asumir los costos de los tratamientos que el menor ha requerido después de transcurridos sus primeros 15 días de nacido, alegando que esa es la cobertura acordada en el contrato de servicios de medicina prepagada celebrado con la madre.

Para resolver el problema, la Sala se ocupará de las siguientes cuestiones:

En primer lugar, la Sala se referirá al carácter fundamental de los derechos de los niños, en especial del derecho a la salud y del derecho a la seguridad social, y al concepto constitucional de interés superior del menor. En segundo lugar, la Sala realizará un estudio general del contexto en el que se desenvuelven las relaciones entre los usuarios y las E.P.S. y las empresas de medicina prepagada. Luego, abordará la procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de las empresas de medicina prepagada, y finalizará con la obligación de afiliación que le asiste a las E.P.S., y las consecuencias que se derivan de la omisión de las empresas de medicina prepagada de exigir a sus usuarios el estar afiliados y afiliadas al régimen contributivo de salud.

a. Los derechos fundamentales de los niños

El artículo 44 de la Constitución Política reconoce expresamente el carácter fundamental de los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a un nombre y una nacionalidad, a tener una familia y a no ser separados de ella, al cuidado y al amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de sus opiniones. De conformidad con esta misma disposición, dichos derechos deben gozar de una protección especial y prevalecen sobre los derechos de los demás.

Con respecto al derecho a la salud, específicamente, el artículo 24 de la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de

noviembre de 1989, y aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, reconoce el derecho de los niños al disfrute del más alto nivel posible de salud y de los servicios requeridos para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. En este orden de ideas, los Estados parte se comprometen a asegurar la plena aplicación de este derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria en salud.

Por su parte, el artículo 26 *ibidem* establece la obligación de los Estados parte de reconocer a los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y a adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho, de conformidad con la legislación nacional. En este sentido, dispone que las prestaciones derivadas de la seguridad social deben concederse teniendo en cuenta los recursos y la situación del menor, y de las personas que tienen a su cargo el cuidado del mismo.

El reconocimiento del carácter fundamental y prevalente de los derechos de los niños, parte de la convicción del Constituyente sobre la fragilidad y especial condición de vulnerabilidad de los menores, así como de su valor e importancia dentro de la sociedad¹³⁹, razones suficientes para que fueran considerados sujetos privilegiados y acreedores de una especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, quienes están obligados a garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos.

Las anteriores consideraciones llevaron a esta Corporación a desarrollar el concepto constitucional de *interés superior del menor*, que consiste en el reconocimiento de una caracterización jurídica específica del niño, fundada en la prevalencia de sus intereses, y que conlleva la obligación de proporcionarle un trato especial que lo guarde de abusos y arbitrariedades, y le garantice un desarrollo integral.¹⁴⁰

Se trata de un concepto relacional, que parte de la hipótesis de la existencia de intereses en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la prevalencia de los derechos de los niños.¹⁴¹ De esta manera, el interés superior del menor se erige como un principio de naturaleza constitucional que guía la interpretación y definición de otros derechos.¹⁴²

Es así como, según el artículo 20 del Decreto 2737 de 1989 - Código del Menor - las entidades públicas y privadas que desarrollan programas o tienen responsabilidades

¹³⁹ Cfr. Sentencia T-531 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴⁰ Cfr. Sentencia T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también las sentencias T-283 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴¹ Cfr. Sentencia T-514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴² Cfr. Sentencia C-1064 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

relacionadas con asuntos de menores - entre las que están incluidas las Empresas Promotoras de Salud E.P.S., las empresas de medicina prepagada y las instituciones médicas, bien sean públicas o privadas -, deben tener siempre presente, por encima de cualquier otra consideración, el interés superior del menor.¹⁴³

No obstante, la protección de los derechos de los niños a la salud y a la seguridad social, sólo puede ser reclamada mediante el ejercicio de la acción de tutela cuando se presente una afectación a su núcleo esencial, esto es, cuando: (i) exista un atentado grave en contra de la salud de los menores, (ii) exista imposibilidad de evitar la actitud que vulnera tal derecho, y (iii) exista un riesgo potencial y cierto sobre el derecho a la vida y las capacidades físicas o psíquicas del niño.¹⁴⁴

En estos eventos, y siempre que exista un mínimo de evidencia fáctica sobre la presencia de tales elementos, el Juez de tutela deberá conceder el amparo constitucional a los derechos de los niños y ordenar la adopción de las medidas pertinentes, sin que sea posible que la accionada esgrima argumentos de tipo económico para abstenerse de cumplir con lo ordenado.

En suma, del reconocimiento del carácter fundamental y prevalente de los derechos de los niños, y del interés superior del menor como un principio constitucional que guía la interpretación de otros derechos, se deriva la obligación de las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con los niños, de propender para la garantía y realización efectiva de sus derechos fundamentales, aún ante obstáculos de tipo económico y administrativo.

b. El papel de las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. y de las empresas de medicina prepagada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

Ahora, la Sala procederá a hacer una breve descripción de las funciones que las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. y las empresas de medicina prepagada deben desempeñar en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como del contexto general en el que se desarrollan las relaciones entre estas y sus afiliados y afiliadas.

¹⁴³ Estas consideraciones fueron retomadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, en la que señaló: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor".

¹⁴⁴ Cfr. Sentencias SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-415 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-864 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado por la Ley 100 de 1993, es un conjunto de reglas y principios que regulan la prestación del servicio público esencial de salud, y la organización y funcionamiento de las entidades encargadas de administrarlo, con el propósito de crear condiciones adecuadas para lograr el acceso de toda la población a los distintos niveles de atención, con arreglo a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, equidad, obligatoriedad, protección integral y libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

Las personas pueden acceder al sistema de dos maneras: como afiliados y afiliadas, bien sea del régimen contributivo o del régimen subsidiado, o como vinculados, que son aquellas personas que por falta de capacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas contratadas por el Estado (art. 157 de la Ley 100 de 1993).

Al régimen contributivo pertenecen los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, y los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes deben mensualmente pagar al sistema una cotización financiada directamente por ellos o en concurrencia con su empleador. Por otra parte, al régimen subsidiado deben afiliarse las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto de la cotización obligatoria.

Las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. son empresas de carácter público o privado, encargadas por la Ley 100 de 1993, junto con las Entidades Adaptadas de Salud E.A.S., de la administración del régimen contributivo del sistema de salud, para lo cual les han sido asignadas las funciones de afiliación, carnetización, recaudo de las cotizaciones obligatorias - por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA -, administración de los recursos y prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S. del régimen contributivo, de manera directa o indirecta.

Los afiliados y afiliadas al régimen contributivo, además de tener derecho a los servicios incluidos en el P.O.S., pueden contratar Planes Adicionales de Salud P.A.S. que, según el artículo 18 del Decreto 806 de 1998, son el conjunto de beneficios opcional y voluntario, que garantiza la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el P.O.S., o condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología, o cualquier otra característica no incluida en el manual de actividades, intervenciones y procedimientos. Se trata de un servicio privado de interés público, de responsabilidad exclusiva de los particulares, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria, y que no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de vigilancia y control que le son propias.

Los P.A.S. pueden ser de tres tipos: planes de atención complementaria en salud, planes de medicina prepagada y pólizas de salud. Dichos planes pueden ser ofrecidos por las E.P.S., las E.A.S., las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras.

En este orden de ideas, es claro que las relaciones jurídicas que se generan entre los afiliados y afiliadas y las E.P.S., y los afiliados y afiliadas y las empresas de medicina prepagada, a pesar de estar enmarcadas dentro de las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tienen un origen y una naturaleza diferente, pues mientras las primeras derivan de normas imperativas propias de la seguridad social, las segundas se originan en la libre voluntad de los afiliados y afiliadas, quienes deciden contratar los servicios de un plan de medicina prepagada para mejorar la calidad de los servicios de salud que reciben.¹⁴⁵ De esta manera, mientras la relación entre una E.P.S. y un afiliado es de derecho público, la que surge entre una empresa de medicina prepagada y un usuario es básicamente de derecho privado, aunque tienen ciertas dimensiones públicas en tanto involucra la realización de derechos fundamentales del contratante.

c. Procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de las empresas de medicina prepagada

A continuación, la Sala estudiará la viabilidad del ejercicio de la acción de tutela en contra de las empresas de medicina prepagada, como mecanismo definitivo de defensa de los derechos fundamentales de sus usuarios, toda vez que, en el caso bajo estudio, una de las accionadas es Salud Coomeva Medicina Prepagada.

La Corte Constitucional, en desarrollo de su jurisprudencia, ha estimado que la tutela procede, excepcionalmente, en contra de dichas empresas, aún con efectos definitivos, en atención a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque aunque se trata de personas jurídicas privadas, éstas participan en la prestación del servicio público de salud, y de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela procede contra particulares cuando tal circunstancia se presenta. En efecto, esta Corporación ha señalado en varias ocasiones que la medicina prepagada es un plan adicional de atención en salud, y que las empresas dedicadas a la celebración de este tipo de contratos hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de modo que son responsables de la prestación de un servicio público, aunque su esquema de contratación sea voluntario y se rija por las normas del derecho privado.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cfr. Sentencias T-533 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-290 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴⁶ Ver al respecto las sentencias T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-732 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; y T-236 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

En segundo lugar, dado que los particulares que contratan con las empresas de medicina prepagada, se encuentran en estado de indefensión frente a éstas, ya que, de un lado, dichas empresas tienen bajo su control directo el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales ofrecidos - " (...) hasta el punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato"¹⁴⁷ -, de manera que representan la parte fuerte de la relación contractual, mientras los afiliados y afiliadas constituyen la parte débil por el apremio que poseen frente a la prestación del servicio¹⁴⁸; y, de otro lado, toda vez que el contrato de medicina prepagada es un contrato de adhesión¹⁴⁹ cuyas cláusulas son redactadas por las referidas empresas y en el que pocos asuntos son sometidos a la libre discusión de las partes.

Por último, debido a que si bien, normalmente, las controversias contractuales deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria, en el caso de los contratos de medicina prepagada, cuando se involucran derechos fundamentales tales como la vida y la dignidad de las personas, las vías de defensa ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la resolución de los conflictos relativos a la violación o amenaza de tales derechos en el curso de la prestación del servicio¹⁵⁰. En efecto, las acciones ordinarias han demostrado ser inútiles y tardías frente a la necesidad apremiante de los afectados de recibir atención médica.¹⁵¹

Cabe recordar que no basta con la existencia de un medio judicial alternativo para negar la procedencia de la acción de tutela, pues es deber del Juez, en el caso concreto, verificar que dicho medio sea proporcionado y eficaz para poner pronto fin a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados, es decir, que ofrezca la misma protección que se lograría mediante el ejercicio de la tutela, para lo que debe tener en cuenta el contenido de los derechos cuyo amparo se pretende.¹⁵²

Al respecto, esta Corporación ha manifestado:

"(...)la determinación de esos otros procedimientos no obedece a una comprobación automática y meramente teórica, sino que es función del Juez, en cada caso concreto, analizar la funcionalidad y eficacia de tales mecanismos y determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección

¹⁴⁷ Cfr. Sentencia T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴⁸ Cfr. Sentencia T-822 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴⁹ Cfr. Sentencia SU-039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara y T-065 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁵⁰ Cfr. Sentencia T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵¹ Cfr. Sentencia T-533 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵² Ver al respecto las sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-100 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-351 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz; T-384 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; y T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprnmy Yepes.

efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.¹⁵³ Si luego de una valoración fáctica y probatoria concluye que no responden satisfactoriamente a las expectativas, es decir, si no son idóneos ni eficaces, la acción de tutela tiene la virtud de 'desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto.'¹⁵⁴

La situación descrita hace indispensable la intervención del Juez de tutela para la defensa del equilibrio entre las partes y la protección de los derechos fundamentales involucrados en la ejecución de las obligaciones contractuales, a través de una decisión de carácter definitivo que ponga fin a la vulneración o amenaza de los mismos.¹⁵⁵

d. La obligación de afiliación de las E.P.S.

Para resolver esta cuestión es necesario recordar que las E.P.S. son empresas públicas o privadas que tienen a su cargo la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el P.O.S. a los afiliados y afiliadas del régimen contributivo, y a las que, además, les han sido atribuidas las funciones de afiliación, carnetización, recaudo de las cotizaciones obligatorias y administración de los recursos (artículo 177 de la Ley 100 de 1993).

En relación con la función de afiliación, el numeral 3º del artículo 178 *ibídem*, relativo a las responsabilidades de las E.P.S., dispone que dichas entidades tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite la afiliación y que cumpla con los requisitos de Ley. Por su parte, el artículo 183 *ibídem* prohíbe a las E.P.S. negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando asegure el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo en casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

De lo anterior se deduce, de un lado, que la afiliación no es una potestad sino una obligación de las E.P.S., y por otro lado, que ésta constituye un derecho en cabeza de cualquier persona, exigible ante la E.P.S. de su elección, dentro de los parámetros legales y reglamentarios. Al respecto hay que tener presente que es a través de la afiliación que se hace efectivo el principio de universalidad que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹⁵³ Cfr. Sentencias T-338 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-100 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-228 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁴ Sentencia T-672 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz.

¹⁵⁵ Ver al respecto las sentencias T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-822 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-236 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Es por ello que, sobre este punto, la Corte ha manifestado que cuando la E.P.S. seleccionada por el usuario considere que existe una causal para no concederle la afiliación, es su deber colaborarle para que la tramite debidamente, máxime cuando la normativa que reglamenta la materia es dispendiosa, compleja y de difícil conocimiento para el común de los ciudadanos.¹⁵⁶

En resumidas cuentas, las E.P.S., en ejercicio de su labor de afiliación, están obligadas a aceptar la vinculación de cualquier persona que lo solicite y que esté en capacidad de pagar las cotizaciones exigidas por el sistema. Ahora, cuando una E.P.S. encuentre que una solicitud de afiliación es improcedente, deberá guiar al solicitante para que la tramite debidamente y nunca podrán negarse a inscribir a una persona y sus beneficiarios, argumentando, por ejemplo, la presencia de preexistencias, o razones de conveniencia relacionadas con el equilibrio económico del sistema.

- e. La obligación de las empresas de medicina prepagada de verificar que sus beneficiarios se encuentren afiliados y afiliadas al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De entrada, es necesario mencionar que la medicina prepagada, según el artículo numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1570 de 1993, modificado por el Decreto 1486 de 1994, es un sistema organizado y establecido por entidades autorizadas para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.

Ahora, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 806 de 1998, los contratos para la prestación de los servicios adicionales de medicina prepagada no pueden ser celebrados ni renovados con personas que no se encuentren afiliadas al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o de beneficiarios.

La omisión de dicha obligación, como indica el párrafo del mismo artículo, conduce a que la empresa de medicina prepagada deba responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los contratantes del plan y sus beneficiarios.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cfr. Sentencia T-1313 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵⁷ El texto del párrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998 es el siguiente: "Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que es deber de estas compañías verificar la afiliación de sus usuarios al sistema, de modo que no basta con la simple inclusión de esta condición en las cláusulas del contrato para librarse de la sanción dispuesta por el parágrafo del artículo 20 *ibídem*¹⁵⁸, sino que es necesario que la empresa de medicina prepagada despliegue las actividades pertinentes para la comprobación de tales datos.

En este contexto, las empresas de medicina prepagada que omitan investigar si sus contratantes se encuentran efectivamente afiliados y afiliadas al sistema, deberán incluso asumir la atención en salud que requieran los hijos recién nacidos de aquellos por un espacio de tres meses, porque esa es la cobertura que se habría derivado del P.O.S. si la madre hubiese estado afiliada a alguna E.P.S.. Esta afirmación se origina del estudio de los artículos 62 del Decreto 806 de 1998 y 6º del Decreto 1703 de 2002, pues el primero dispone que los hijos recién nacidos de las mujeres afiliadas a una E.P.S., quedan automáticamente afiliados y afiliadas a la misma entidad y tienen derecho a los servicios del P.O.S.S. del régimen subsidiado, para cuya prestación no podrá exigirles periodos mínimos de cotización, sin perjuicio del deber de registrar al menor en el formulario respectivo¹⁵⁹; y el segundo establece que la documentación necesaria para efectuar tal registro, debe suministrarse a más tardar dentro de los tres meses siguientes al nacimiento, so pena de que el menor sea desafiliado del sistema.¹⁶⁰

sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida".

¹⁵⁸ Cfr. Sentencia T-236 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esa oportunidad la Corte examinó el caso de una persona de la tercera edad, que se había afiliado desde 1993 a un plan de medicina prepagada, y a la que la compañía nunca le había exigido estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, para renovar su contrato. Finalmente, la empresa exigió al accionante, en noviembre de 2001, la afiliación al sistema de salud, una vez le fue diagnosticado cáncer y le fueron ordenadas varias sesiones de quimioterapia. La afiliación al sistema, que cabe mencionar se solicitó ante la E.P.S. de la compañía que prestaba el servicio de medicina prepagada, se retardó algunos días y por tal motivo el contrato del tutelante no fue renovado, y la empresa no autorizó la práctica de las quimioterapias. La Corte, entonces, tuteló los derechos fundamentales del accionante y ordenó a la empresa de medicina prepagada responder por la atención integral en salud demandada por aquél, disponiendo la continuación de las sesiones de quimioterapia que se hallaran pendientes y los tratamientos que le fueran prescritos en razón de la enfermedad que padecía.

¹⁵⁹ El inciso segundo del artículo 62 del Decreto 806 de 1998 dispone: "En ningún caso podrá aplicarse periodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS. El bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS-S, sin perjuicio de la necesidad de registrara los datos del recién nacido en el formulario correspondiente".

¹⁶⁰ El artículo 6º del Decreto 1703 de 2002, en la parte pertinente para este estudio, establece: "Se procederá a la suspensión de la afiliación respecto de los afiliados y afiliadas beneficiarios sobre quienes no se presente la documentación en los términos señalados en el presente decreto, hecho que deberá ser comunicado en forma previa y por escrito a la última dirección registrada por el afiliado cotizante con una antelación no menor a quince (15) días y se hará efectiva a partir del primer día del mes siguiente al de la respectiva comunicación. Durante el periodo de suspensión no habrá lugar a compensar por dichos afiliados y afiliadas. Transcurridos

De esta manera, de la afiliación de la madre al Sistema General de Seguridad Social en Salud se desprende el derecho del recién nacido a recibir los servicios de salud incluidos en el P.O.S.S. del régimen subsidiado, por lo menos durante sus tres primeros meses de vida, tiempo durante el cual la madre debe allegar a la E.P.S. a la que se encuentra afiliada, los documentos que acreditan que el menor, efectivamente, puede ser su beneficiario, so pena que al finalizar dicho lapso el menor sea desafiliado del sistema. Transcurrido dicho periodo, si la madre suministra los documentos requeridos para formalizar la afiliación del menor, éste podrá seguir gozando de los servicios del P.O.S., pero en virtud de una afiliación independiente.

Sobre este punto cabe resaltar que el Plan Obligatorio de Salud, bien sea del régimen contributivo o del régimen subsidiado, comprende los servicios de salud básicos necesarios para satisfacer la atención integral en salud que se debe prestar a cualquier persona, de modo que cuando una empresa de medicina prepagada desconoce la obligación de verificación aludida, está obligada a garantizar a sus usuarios tales servicios.

Así, cuando una mujer usuaria de un plan de medicina prepagada, a la que la empresa prestadora del servicio nunca le ha exigido afiliarse a una E.P.S., dé a luz a un bebé, la empresa, de conformidad con el parágrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998, deberá garantizar la atención integral en salud que requiera tanto la madre como el menor, pero respecto de este último la atención se limitará al lapso de tres meses.

f. La presencia de un hecho superado

Finalmente, debido a que la accionada allegó a esta Corporación pruebas que demuestran que la vulneración de los derechos fundamentales del menor Jacobo Giraldo Arango ha cesado, es necesario que la Sala entre a estudiar la jurisprudencia de la Corte referida al fenómeno del hecho superado.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha sostenido:

"En efecto, la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, lo cual explica la necesidad de un mandato proferido por el Juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada acude ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de lo cual

tres (3) meses de suspensión sin que se hayan presentado los documentos, se procederá a la desafiliación de los beneficiarios que no fueron debidamente acreditados con la consecuente pérdida de antigüedad. Cuando se compruebe que el cotizante incluyó beneficiarios que no integraban su grupo familiar, el afiliado cotizante también perderá su antigüedad en el Sistema."

esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiera el Juez caería en el vacío. Lo cual implica la desaparición del supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución y hace improcedente la acción de tutela..."¹⁶¹.

En conclusión, cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la acción de tutela ha desaparecido, el Juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir objeto jurídico sobre el cual proveer.¹⁶² Sin embargo, esto no obsta para que la Corte, con el fin de unificar la jurisprudencia y para evitar que se repitan los mismos hechos, señale cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas, para no desconocer los derechos fundamentales de los afectados.

g. Caso concreto

Como ya fue mencionado en el apartado anterior, la Sala ha observado en el presente caso la existencia de un hecho superado, pues las pruebas enviadas a esta Corporación por Adriana María Arango Vélez, demuestran que los derechos fundamentales del menor Jacobo Giraldo Arango, ya no se encuentran en estado de amenaza o vulneración, por las siguientes razones:

Primera, porque al menor Jacobo Giraldo Arango le fueron prestados todos los servicios médicos que requirió para superar los graves padecimientos con los que nació, como se advierte del estudio de la historia clínica elaborada por el personal de la clínica Las Vegas. En efecto, el menor fue dado de alta el 8 de octubre de 2003 por presentar un estado de salud estable y haber evolucionado satisfactoriamente (fol. 194). Cosa diferente es que haya sido la madre quien tuvo que hacerse cargo del costo de la atención que se le prestó.

Segunda, puesto que Adriana María Arango Vélez y Jacobo Giraldo Arango ya se encuentran afiliados y afiliadas al Sistema General del Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y beneficiario, respectivamente, a través de la E.P.S. Coomeva, desde el 17 de octubre de 2003, como consta en la copia de los carnés de afiliación y del formulario de inscripción aportados por la accionante (fols. 137 y 138).

¹⁶¹ Sentencia T-519 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁶² Al respecto ver las sentencias T-262 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-027 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1301 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-001 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En este orden de ideas, en tanto ya no existe objeto sobre el cual proveer, esta Sala de Revisión confirmará el fallo de primera instancia dictado por el Juez Quinto Penal Municipal de Medellín, no sin antes hacer las observaciones que siguen:

Para comenzar, la Sala considera necesario aclarar que era responsabilidad de Salud Coomeva Medicina Prepagada garantizar al menor Jaboco Giraldo Arango la atención integral en salud que requiriera durante su primer mes de vida, de acuerdo con el parágrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998, en vista de que dicha entidad nunca le advirtió a Adriana María Arango Vélez, madre del menor, la necesidad de que estuviera afiliada al régimen contributivo de salud para que pudiera acceder al plan de medicina prepagada que contrató.

En este punto hay que tener presente que de haber estado la accionante afiliada al sistema de salud, la E.P.S. a la que hubiese estado vinculada, tendría que haber garantizado los tratamientos requeridos por el menor durante sus tres primeros meses de vida, como mínimo, pues tal consecuencia está contemplada dentro de las normas que regulan la prestación del P.O.S. a los afiliados y afiliadas del régimen contributivo, de modo que a falta de E.P.S., y dado que se entiende que el P.O.S. comprende los servicios básicos necesarios para garantizar una atención integral en salud, correspondía a Salud Coomeva Medicina Prepagada hacerse responsable de la prestación de estos.

Sin embargo, Adriana María Arango Vélez, una vez su hijo fue dado de alta, se hizo cargo directamente del pago de los servicios prestados por la clínica Las Vegas, de manera que su pretensión se convirtió en el reembolso de lo pagado, solicitud que no puede ser tramitada ante el Juez de tutela sino ante la jurisdicción ordinaria.

Esta Corporación en reiteradas oportunidades ha sostenido que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para reclamar el reembolso de gastos médicos sufragados por los afiliados y afiliadas de las E.P.S. o de las empresas de medicina prepagada, ya que en estos casos existen otros medios de defensa a los que deben acudir los afectados.¹⁶³

Así mismo, la Corte observa que el comportamiento de la E.P.S. Coomeva también fue irregular en un primer momento, toda vez que era su obligación el haber aceptado la afiliación de Adriana María Arango Vélez y su menor hijo, al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y de haber percibido algún motivo para rechazar la solicitud, el haber ayudado a la tutelante a tramitarla adecuadamente. Como ya ha sido expuesto, no es posible que las E.P.S. opongan razones de conveniencia, como la preservación del

¹⁶³ Ver al respecto las sentencias T-699 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonel; T-080 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-758 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-385 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y T-342 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

equilibrio financiero del sistema cuando los solicitantes padecen graves enfermedades que requieren tratamientos de alto costo, para negarse a afiliar a quienes lo solicitan.

Sin embargo, dado que en la actualidad la demandante y su menor hijo se encuentran afiliados y afiliadas al sistema, ya no cabe emitir orden alguna al respecto.

Todo lo anterior no obstan para recordarle a Salud Coomeva Medicina Prepagada y a la E.P.S. Coomeva, que la protección de los derechos fundamentales de los niños está en cabeza no sólo de la familia, sino también del Estado y la sociedad, de manera que todas las instituciones públicas y privadas, más cuando están a cargo de la prestación de un servicio público esencial como el servicio de salud, están comprometidas en la garantía de tales derechos, por lo que todas sus actuaciones deben estar guiadas por el interés superior del menor. En este orden de ideas, se prevendrá a las demandadas para que no vuelvan a incurrir en los comportamientos descritos.

En consecuencia, como se encuentra probado que la vulneración de los derechos fundamentales del menor Jacobo Giraldo Arango ha cesado, esta Sala no concederá la tutela por la existencia de un hecho superado.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que, como se ha presentado un hecho superado, y por esta única razón, se CONFIRMA la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Medellín, el 8 de octubre de 2003.

SEGUNDO: PREVENIR a Coomeva E.P.S. para que en lo sucesivo no reincida en la conducta omisiva ya estudiada en la presente sentencia.

TERCERO: PREVENIR a Salud Coomeva Medicina Prepagada para que en lo sucesivo no reincida en la conducta omisiva ya estudiada en la presente sentencia.

2.21.6. Sentencia T-088 de 2008

M.P JAIME ARAÚJO RENTERÍA

2.22. Problemas jurídicos y esquema de resolución

Tras analizar los hechos narrados y los medios probatorios aportados al proceso, esta Sala de Revisión debe determinar si: al suspenderle el servicio de salud a la accionante -quien se encontraba en estado de gravidez- bajo el supuesto de que al ser mayor de edad no podía seguir siendo beneficiaria de su padre, se le transgredieron a ella y a su hijo derechos fundamentales.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará aspectos teóricos y jurídicos de la jurisprudencia de esta Corporación en el siguiente orden: (i) Cuestión previa: improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, (ii) la mujer embarazada como sujeto de especial protección constitucional, (iii) los niños como sujetos de especial protección constitucional, (iv) la prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional, (v) el Estado Social de Derecho y las Empresas Promotoras de Salud, y (vi) el alcance constitucional de los derechos fundamentales. Posteriormente se entrará a resolver el caso en concreto.

2.1 Cuestión previa: improcedencia de la acción de tutela por la carencia actual de objeto

Teniendo en cuenta que la actora, al momento de interponer la acción de tutela que motivó la presente sentencia, buscaba obtener que COMFENALCO continuara prestándole los servicios de salud por contar con ocho meses de embarazo, y que dicha acción fue

instaurada el veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007) (Cuad. 1, folio 17); es necesario que la Sala se pronuncie respecto a la improcedencia de la tutela por la carencia actual de objeto, debido a que el menor debió nacer en el mes de agosto.

El *principal objetivo* de la acción de tutela es servir de baluarte inmediato a los derechos constitucionales fundamentales, por eso, al referirse al mandato que debe pronunciar el juez de tutela al momento de amparar los derechos de los accionantes, el artículo 86 de la Constitución estableció que *"(...) [l]a protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha indicado que en aquellos casos en los cuales los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de transgresión o violación de derechos constitucionales fundamentales han fenecido, desaparecen o se superan, deja de existir objeto jurídico respecto del cual el juez constitucional pueda adoptar decisión alguna; pues el propósito de la acción de tutela consiste justamente en garantizar la protección cierta y efectiva del derecho y bajo esas circunstancias *"la orden que profiera el juez, cuyo objetivo constitucional era la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, carecerá de sentido, eficacia, inmediatez y justificación."*¹⁶⁴

Sin embargo, para declarar la carencia actual de objeto es preciso constatar que ésta haya tenido lugar dentro del proceso respectivo y haya podido ser verificada por la autoridad judicial. Se requiere de igual modo establecer el momento procesal en el que se presentó, por cuanto de estos aspectos dependerá que *"no obstante se haya producido tal cesación, se exija a los jueces constitucionales de instancia pronunciamiento de fondo que deberá estar conforme al ordenamiento jurídico y el sentido dado por el intérprete constitucional frente a la situación en consideración. Por ello, tanto el juez de segunda instancia en el trámite de la tutela como la Corte Constitucional en el trámite de revisión, no obstante encontrar que el hecho haya sido superado, si al verificar el trámite precedente se establece que con base en el acervo probatorio existente a ese momento y los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales aplicables al caso, el juez ha debido conceder o negar el amparo solicitado y no lo hizo, debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es jurídicamente viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior."*¹⁶⁵ (subrayas fuera del original)

¹⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-519 de 1992, reiterada entre otras en las sentencias T-100 de 1995; T-201 de 2004; T-325 de 2004; T-523 de 2006.

¹⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 2006. Mediante esta sentencia le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse sobre el caso de un señor de 79 años de edad quien en nombre propio y en el de su hija menor de edad solicitó la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida digna y a la igualdad que consideró habían sido desconocidos por la Secretaría Local del Municipio de Villavicencio al negarle el subsidio que le brinda el Ministerio de la Protección Social a los adultos mayores de 65 años que pertenecen al nivel 1 y 2 del SISBÉN. En el caso objeto de estudio, el accionante de 79 años de edad, quien

De esta manera, esta Corporación ha distinguido al menos dos hipótesis diferentes cuando los supuestos de hecho, que han dado origen a la presentación de la acción tuitiva de derechos fundamentales, fenecen, son superados o desaparecen: (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo (ii) estando en curso el proceso de Revisión ante la Corte Constitucional.

En el primer caso, la Sala de Revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente y ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado, sin perjuicio de la potestad de revisar la sentencia y declarar aspectos adicionales relacionados con la materia.¹⁶⁶ En el segundo evento, es decir, cuando la Sala de Revisión vislumbra que los jueces de instancia debieron conceder el amparo deprecado y no lo hicieron, es necesario que sea revocada el fallo de instancia y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.¹⁶⁷

2.2 la mujer embarazada como sujeto de especial protección. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 efectuó un importante avance respecto de la protección y efectividad de los derechos de las mujeres. En este sentido, es claro que el Constituyente de 1991, en virtud de la necesidad de desarrollar los principios y valores que fundamentan el Estado Social de derecho, consagró en la nueva Carta Constitucional el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno sus derechos y libertades.

2.2.1 Bajo la perspectiva del deber Estatal de garantizar a las mujeres el pleno goce de sus derechos fundamentales, el artículo 43 Superior dispuso que “[l]a mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” Con fundamento en esta norma constitucional y en el bloque de

pertenece al nivel 1 del SISBEN y manifiesta encontrarse en una apremiante situación económica junto con su hija - estudiante de 12 años de edad - y además incapacitado para trabajar debido a una lesión de su puño izquierdo, solicita ser incluido en el “Programa de Subsidios que otorga el Ministerio de la Protección Social a los adultos mayores de 65 años”, en el que lleva dos años inscrito sin que hasta el momento en que se interpuso la acción de tutela se le haya otorgado tal beneficio. En las consideraciones generales de la sentencia se pronunció la Corte sobre el deber de solidaridad a partir de la Constitución Nacional y más concretamente con fundamento en lo dispuesto por el último inciso del artículo 13 superior le corresponde a ejercer al Estado frente a las personas colocadas en especiales condiciones de indefensión como son aquellas que se encuentran en estado de indigencia. Con base en las pruebas solicitadas por la Corporación y allegadas al expediente, llegó a la conclusión la Corte que los hechos sobre los cuales se sustentaba la solicitud de tutela habían sido superados dentro del término que la Sala de Revisión disponía para la decisión.

¹⁶⁶ Al respecto, consultar, entre otras, la sentencia T-722 de 2003.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

constitucionalidad, esta Corporación se ha pronunciado múltiples veces respecto al carácter de sujeto de especial protección que ostenta la mujer parturienta o embarazada. Así, en la sentencia C- 355 de 2006 la Corte Constitucional indicó:

"[A] partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación¹⁶⁸. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagrando también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltado la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros¹⁶⁹."

¹⁶⁸ Constitución Política, artículo 43

¹⁶⁹ Ver sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T- 656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003

2.2.2 Por su parte, el artículo 4º de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará",¹⁷⁰ incorporada al ordenamiento jurídico mediante la Ley 248 de 1995, señaló en sus considerandos que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida. Por ende, *"[t]oda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a) El derecho a que se respete su vida; b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia (...)"*¹⁷¹

De igual forma, en dicha Convención se estableció como parte del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia *"(...) [e]l derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (...)"*¹⁷². Como obligación de los Estados Parte, se señaló en este sentido, *"(...) adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...) d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad(...)"*.¹⁷³ (subrayas fuera del original).

2.2.3 En conclusión, con fundamento en las normas constitucionales indicadas anteriormente, así como en los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de la mujer como integrante de los sujetos de especial protección constitucional parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se ha visto sometida históricamente.¹⁷⁴ De esta forma,

¹⁷⁰ Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Para", adoptado en Belem Do Para, Brasil el 9 de junio de 1994 y entrada en vigor el 5 de marzo de 1995.

¹⁷¹ Artículo 4º. Convención ob.cit.

¹⁷² Literal a, artículo 6º ibidem.

¹⁷³ Artículo 7º ibidem.

¹⁷⁴ Con fundamento en lo dispuesto en la Constitución Política, esta Corporación ha sostenido que son sujetos de especial protección constitucional, dada su situación de debilidad manifiesta e indefensión, los siguientes: (i) los menores (entre otras, las sentencias T-307 de 2006, T-754 de 2005, T-907 de 2004 y T-143 de 1999) ; (ii) las mujeres en estado de embarazo o madres cabeza de familia (entre otras, la sentencia C-355 de 2006 y SU-388 de 2005); (iii) los adultos mayores (entre otras, las sentencias T-748 de 2004, T-928 de 2003, T-004 de 2002 y T-535 de 1999); (iv) los discapacitados físicos y mentales (entre otras, las sentencias T-093 de 2007, T-766 de 2004, T-977 de 2004, T-1038 de 2001); (v) los reclusos (entre otras, la sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); (vi) los indígenas y las minorías étnicas (entre otras, las sentencias T-009 de 2007, SU-510 de 1998, T-979 de 2006); (vii) las minorías sexuales (entre otras, sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil); (viii) las personas en estado de indigencia (entre otras, la sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz);

esta Corporación ha reiterado la obligación del Estado de proteger de manera especial a las mujeres embarazadas o parturientas, y se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de sus derechos.

En suma, por expreso mandato constitucional las mujeres embarazadas y parturientes son sujetos de especial protección constitucional; debido a que tal condición implica el reconocimiento de una situación de extrema vulnerabilidad, el Estado y los particulares que actúan en su nombre tienen la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos.

2.3 Los niños como sujetos de especial protección. Reiteración de jurisprudencia.

Sabido es, que por mandato de la Constitución de 1991, los niños son sujetos de especial protección. Por tanto, es claro que el Constituyente de 1991, en virtud de la necesidad de desarrollar los principios y valores que fundamentan el Estado Social de derecho Colombiano, instauró en la nueva Carta Constitucional el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. Así, por ejemplo, la prevalencia de los derechos de los niños y el deber de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos se materializa en el derecho que todo menor de un año tiene de estar cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social (artículo 50 C.P.). Con este principio, el constituyente de 1991 consagró un ámbito de especial protección para los niños menores de un año; campo que debe garantizar los derechos de los menores.

2.3.1 En este orden de ideas, de acuerdo con el artículo 44 de la Carta, son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. En este sentido, la norma constitucional indica que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al menor para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio de sus derechos. Así mismo, dispone que los derechos de los niños tienen un carácter prevaleciente en relación con los derechos de los demás.¹⁷⁵

y, (ix) las personas en situación de desplazamiento (entre otras, la sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda).

¹⁷⁵ Con relación a las obligaciones del Estado colombiano en materia de protección del derecho a la salud, se pueden consultar, entre otros, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 12 de 1991; y, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 74 de 1968. En el mismo sentido, se puede consultar la Observación General No. 14 (-E/C.12/2000/4) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Con fundamento en la citada norma constitucional, en reiteradas oportunidades,¹⁷⁶ la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la protección del derecho fundamental a la salud de los niños, no sólo obedece al reconocimiento de su condición de sujeto de especial protección constitucional -dada la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran-, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho.¹⁷⁷

2.3.2 La calidad de sujeto de especial protección es reconocida también en la Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁷⁸ ratificada por el Estado Colombiano el 28 de enero de 1991, donde se estableció que *"(...) el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*. También se indicó la existencia de un principio de aplicación obligatoria frente a todas las medidas concernientes a los menores: el interés superior del niño. De esta forma, en el numeral primero del artículo 3 de la Convención se estableció que *"[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."*

En aras de garantizar dicho principio, los Estados parte de la Convención tienen como obligación adoptar *"(...) todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños."*¹⁷⁹ pues, en aras de asegurar la plena aplicación de este derecho, los Estados reconocieron que *"(...) el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.(...)"*¹⁸⁰ De igual forma, existe una obligación de los Estados Parte de asegurar que *"(...) ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios."*¹⁸¹

2.3.3 Siguiendo estos parámetros, la Corte Constitucional ha afirmado que los jueces de tutela deben garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de los menores, en los casos en que su núcleo esencial se encuentre amenazado o vulnerado,¹⁸² esto es,

¹⁷⁶ Sentencias T-289 de 2007, T-393 de 2005, T-360 de 2005, T-268 de 2004, T-112 de 2004, T-819 de 2003, T-388 de 2003, T-970 de 2001, T-792 de 2001 y T-796 de 1998.

¹⁷⁷ Sentencia SU 225 de 1998.

¹⁷⁸ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

¹⁷⁹ Numeral 3º, artículo 24, ibidem.

¹⁸⁰ Numeral 1º, artículo 24, ibidem.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Sobre el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños y niñas, ver entre otras las sentencias: T-974 de 2000, T-864 de 1999, T-727 de 1998, T-415 de 1998.

cuando el menor está ante "a) la existencia de un atentado grave contra la salud (...); b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño."183

2.4 Prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

El primer inciso del artículo 48 de la Constitución establece tres principios respecto a la seguridad social: "(...) eficiencia, universalidad y solidaridad (...)". De igual forma, en dicha disposición, además de caracterizar la seguridad como un derecho irrenunciable, se plasmó el deber del Estado, con la participación de los particulares, de ampliar progresivamente el servicio. Concatenado a lo anterior, el artículo 49 de la Carta estableció la garantía "(...) a todas las personas [de acceder] a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud".

Como desarrollo de los postulados Constitucionales, el legislador - mediante la Ley 100 de 1993- definió el sistema de seguridad social haciendo énfasis en el objetivo de "(...)garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten."184 Para lo cual señaló como principios en la prestación del servicio público esencial de seguridad social la "(...) eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación (...) "185

En este orden de ideas, la Jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado múltiples veces que de los principios de universalidad y progresividad que inspiran el sistema de seguridad en Colombia se desprende el derecho a estar afiliado al sistema de seguridad social en salud, con el consecuente acceso efectivo a las prestaciones que el derecho a la salud garantiza.186

De igual forma, de dichos principios debe inferirse el derecho a la continuación de la prestación del servicio, pues "constituye una regresión del derecho a la salud la expulsión de una persona que se encuentra vinculada a la seguridad social, cuando sin atender los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y progresividad y sin tener en cuenta condiciones especiales de protección constitucional reforzada (tercera edad, situaciones de debilidad manifiesta, grave riesgo a la vida, garantía de una vida digna), se acude a una interpretación restrictiva (no

¹⁸³ Sentencia T-864 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸⁴ Artículo 1º Ley 100 de 1993

¹⁸⁵ Artículo 2º Ley 100 de 1993

¹⁸⁶ Al respecto, consultar entre otras, la Sentencia T-635 de 2007

incluyente o positiva) de los criterios que permiten la vinculación y permanencia de las personas en el sistema de salud".¹⁸⁷

Así mismo, siguiendo el principio de solidaridad, "si una persona puede mantener afiliado al sistema a un miembro de su núcleo familiar sin capacidad económica ni otras alternativas de cobertura, especialmente cuando este último se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, debe facilitarse el cumplimiento de ese deber de solidaridad, antes que dejar expuesto a ese beneficiario a una total desprotección del servicio de salud"¹⁸⁸.

De esta manera, existen obligaciones consistentes en prestar el servicio de salud de manera continua, así como brindarlo sin restricciones de orden administrativo y/o reglamentario a grupos de especial protección constitucional. De dichas obligaciones se desprende la prohibición de desafiliación del sistema cuando esta situación implique, (i) no respetar la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) dejar sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional.¹⁸⁹

El régimen de seguridad social en salud garantiza el derecho a los miembros de una familia a tener cobertura a través de los familiares cotizantes, (i) como beneficiarios cuando hacen parte del grupo familiar del cotizante (artículos 25 y ss. Decreto 806 de 1998), o (ii) como cotizantes dependientes o afiliados adicionales. Esta última opción se presenta cuando no se cumplen con los requisitos para ser beneficiario, más se tiene un vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante (artículo 40 Decreto 806 de 1998). A estas dos alternativas habría que agregar, por supuesto, aquellas establecidas en las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social (art. 157 L.100/93), como regla general para todas las personas en Colombia, (iii) como afiliada al régimen contributivo (art. 26 D.806/98), o (iv) como afiliada al régimen subsidiado (arts. 157 y 211 L.100/93).¹⁹⁰

Corolario a lo anterior, es evidente que junto a la prohibición de desafiliación va aparejada la obligación de las EPS de informar al usuario las alternativas con las que cuenta para no ser desvinculado del sistema y de reestablecer una afiliación cuando (i) no se ha respetado la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) se ha dejado sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucionales.

2.5 Las Empresas Promotoras de Salud en el Estado Social de Derecho. Reiteración de jurisprudencia.

¹⁸⁷Sentencias T-153 y 228 de 2006.

¹⁸⁸ Sentencia T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸⁹ Al respecto consultar las sentencias T-015, T-153, T-228, T-267 y T-594 de 2006

¹⁹⁰ Al respecto consultar, entre otras, la sentencia T-456/07

La fórmula política del Estado Social de Derecho surgió como una forma de organización estatal que buscaba corregir las evidentes limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho; donde se pretendía la existencia de una sociedad compuesta por individuos abstractamente concebidos como libres e iguales. En aquel modelo, el Estado estaba llamado principalmente a brindarles seguridad a las personas frente a peligros internos y externos mediante la policía, el ejército y la justicia; más los conflictos sociales mostraron que era ineficiente frente a las necesidades de una sociedad compleja y dinámica.¹⁹¹

Varios factores, sobre los cuales no es menester profundizar en este momento, influyeron en la reevaluación de aquel tipo de Estado; su ineficacia se probó ante las necesidades de afrontar y superar las dificultades históricas y sociales que surgieron. Se aceptó que para lograr la realización de derechos como la libertad o la igualdad se requerían medidas, acciones, prestaciones y servicios que las personas, en muchas ocasiones, no podían ni pueden lograr por sí mismos. Por esto, el Estado de Derecho evolucionó a uno Social, también democrático, con el objetivo principal de alcanzar presupuestos materiales, sin los cuales, los derechos de las personas no serían efectivamente asegurados.¹⁹²

Es necesario precisar que en un principio las necesidades materiales de la sociedad intentaron aplacarse mediante el modelo del Estado de Bienestar, donde el Estado, para abarcar el cumplimiento de sus obligaciones sociales, terminó desembocando en crisis fiscales y en un incremento de un aparato burocrático ineficiente para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja.¹⁹³ Para solucionar esto, se optó por un modelo de Estado basado en una economía social de mercado, donde amén de haber iniciativa privada, se ejerce intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos; buscando así corregir excesos individuales y colectivistas. En este orden de ideas, esta Corporación manifestó en la sentencia T-533 de 1992 que:

"(...) El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. (...)"

Entonces, y ante las dificultades presupuestales, en el Estado Social de Derecho se confía en la solidaridad y responsabilidad de los privados para que ayuden a consolidar las

¹⁹¹ Al respecto sentencia C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

¹⁹² Al respecto consultar la sentencia C-1064 de 2001

¹⁹³ Al respecto, consultar sentencia T-533 de 1992

condiciones materiales necesarias para alcanzar la concreción de los derechos de las personas. De esta forma, a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado y de los particulares con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Así, este modelo de Estado implica la vinculación jurídica tanto de las autoridades como de los particulares a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales.

En la sentencia C-1064 de 2001 esta Corporación indicó que entre las *"(...) manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado Social de Derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 inciso 3 C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C.P. (...))"* (subrayas fuera del original).

Ahora bien, la atención en salud –necesariamente relacionada con la protección de la mujer embarazada y de la niñez- es un servicio público a cargo del Estado (artículo 49 C.P.), que a su vez es inherente a la finalidad social del mismo; por lo que es un deber del Estado asegurar su prestación *eficiente* a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 C.P.). Precisamente para alcanzar cobertura y eficiencia, el constituyente de 1991 permitió que los particulares prestaran servicios públicos, pues partiendo de la base de que uno de los objetivos fundamentales de la actividad del Estado es solucionar las necesidades insatisfechas de salud, se consideró la posibilidad de contar con los particulares para materializar condiciones que permitan consolidar los derechos fundamentales (artículo 366 C.P.).

La *eficiencia* en el sistema de Seguridad Social en Salud, no se identifica únicamente con la noción de eficiencia económica, en la cual ésta se describe como una relación entre insumos y resultados en la producción de bienes y servicios. Por el contrario, dentro del Estado Social de Derecho el concepto de eficiencia debe ser entendido de forma amplia, por cuanto está de por medio la prestación de un servicio público esencial –la salud- que se encuentra directamente conectado con la preservación de múltiples derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran la dignidad humana, la vida, y la integridad personal. Por ende, la finalidad prioritaria de las Empresas Prestadoras del Servicio de

Salud no es la de reportar utilidades económicas sino beneficio social.¹⁹⁴ Sobre este punto se pronunció la Corte en la sentencia C-559 de 2004, donde se dijo que en materia de seguridad social el concepto de *"(...) rentabilidad financiera debe ser interpretado no de manera aislada, sino en armonía con los principios superiores previstos en los artículos 48 y 49 constitucionales en relación con el sistema de seguridad social en salud."*

En múltiples decisiones de tutela se ha pronunciado esta Corporación sobre el concepto de eficiencia en la prestación del servicio de salud. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-573 de 2005 esta Corte señaló:

"[E]l principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficiencia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU.562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una característica de la gestión. La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no se quede aprisionado en un laberinto burocrático".

En suma, la prestación del servicio de salud no puede ser entendida por los particulares como un simple "mercado" regido por las leyes de la oferta y la demanda, constituido para que ellos obtengan obvenciones; en el que las EPS se lucren de las enfermedades o necesidades que aquejan a la población colombiana y no realicen ingentes esfuerzos en su atención y prevención. Este principio interpretativo, que surge del modelo de Estado que es la República de Colombia, acarrea como consecuencia la responsabilidad social de las empresas al momento de cumplir funciones que el Estado permite que ejerzan por, y para, el bienestar general.

La responsabilidad social de las empresas implica la unión necesaria entre las políticas y prácticas de los particulares por una parte, y las necesidades sociales por la otra. Lo cual debe manifestarse no sólo en el cumplimiento de las normas jurídicas sino en todos los comportamientos de la empresa que no pueden quedarse al margen de los problemas y retos que afronta la sociedad. Bajo este parámetro debe entenderse la función social de la propiedad (artículo 58 C.P.), la libertad de empresa (artículo 333 C.P.), al igual que el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social contenido en la Constitución (artículo 95, numeral 2). Por tanto, es deber de las autoridades proscribir políticas en la prestación de servicios públicos que contemplen la posibilidad de incumplir sus deberes bajo el argumento de que si el beneficio financiero no es lo suficientemente alto, el servicio, medicamento, o tratamiento debe retardarse o no prestarse.

¹⁹⁴ Al respecto consultar sentencia C-837 de 2001

Al ser el pueblo de Colombia el único soberano, la responsabilidad social de las empresas debe corresponder a las necesidades de aquel. Por tanto, toda EPS, si bien está legítimamente facultada para proteger sus intereses financieros, no puede, en el Estado Social de Derecho, faltar a sus deberes constitucionales de actuar conforme al mandato de consolidación de condiciones materiales para que los derechos fundamentales se concreten.

2.6 Alcance constitucional de los derechos fundamentales

2.6.1 El hecho de que los derechos constitucionales fundamentales hayan sido consignados en instrumentos jurídicos, significa un gran peso para obtener su cumplimiento; empero esto no es suficiente para lograr su materialización. Por eso, es preciso el despliegue de medidas concretas, así como tareas y actuaciones por parte del Estado y de los particulares -entre estos los comprometidos en la prestación de servicios públicos vinculados con la protección de derechos fundamentales como la salud- para lograr condiciones fácticas que permitan su concreción.

Este conjunto de medidas, tareas y actuaciones debe encaminarse a garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, pues no basta con tener una Constitución que los garantice, si las condiciones reales implican el desconocimiento de facto. Tanto nacional como internacionalmente se ha aceptado que la ausencia de condiciones materiales imposibilita la concreción de los derechos. En la sentencia T-704 de 2006 esta Corporación indicó:

"La Carta Democrática redactada en el marco de la Organización de los Estados Americanos, por ejemplo, se ha pronunciado también en esa dirección y ha resaltado la necesidad de procurar las condiciones y de ambientar las circunstancias para lograr la efectividad de la democracia en la realidad. Lo expresado en la Carta Democrática Interamericana reviste especial importancia por cuanto constituye una forma de que los ciudadanos comprendan cómo cuestiones conectadas con la teoría general son proyectadas en documentos políticos con amplios alcances.

"En el Preámbulo así como en las diferentes disposiciones destaca la Carta Democrática Interamericana la estrecha conexión existente entre los derechos políticos y civiles, los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos. [Así por ejemplo,] Afirma el Preámbulo que "la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática" y se refiere al papel de la educación como medio para despertar la conciencia democrática de los ciudadanos y, en tal sentido, procurar "una participación significativa en el proceso de toma de decisiones."

"En esta misma línea de argumentación es deber del Estado garantizar la disponibilidad de recursos, emitir un grupo de medidas y realizar un conjunto de tareas y actuaciones dirigidas a

asegurar que se cumplan las condiciones para hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales. Las omisiones del Estado en relación con este propósito puede acarrear el grave desconocimiento de estos derechos".

2.6.2 Las omisiones anteriormente señaladas, son atribuibles tanto al Estado como a los particulares comprometidos con la prestación de servicios públicos esenciales como la salud, pues aquel, como fue señalado anteriormente, les ha conferido la posibilidad de prestar los servicios públicos con el fin de alcanzar y cumplir los fines esenciales del Estado. Por ende, el incumplimiento de sus obligaciones acarreará necesariamente, además del desconocimiento de los derechos fundamentales, un atentado contra las bases mismas del Estado Social de Derecho, que existe para garantizar y materializar los derechos fundamentales de las personas.

2.6.3 Ahora bien, lo anterior es relevante por cuanto la responsabilidad que surge a partir del desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales es específica. No desconoce la Corte Constitucional que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la del Consejo de Estado han contribuido a ampliar el concepto de responsabilidad¹⁹⁵, pero sólo hasta la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 se hizo patente que los conceptos tradicionales de responsabilidad penal, civil y administrativa no eran suficientes para enfrentar las consecuencias que se derivan del desconocimiento de los preceptos constitucionales y, en particular, de aquellas que se desprenden del desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales.

2.6.4 La obligación de proteger los derechos constitucionales fundamentales no sólo surge de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno, sino que emana de lo establecido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Cuando se desconoce un derecho constitucional fundamental previsto de manera expresa en el ordenamiento jurídico constitucional y ante ese desconocimiento no se ofrece un mecanismo ágil y efectivo para obtener su protección, entonces no sólo se vulnera lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno – Constitución Nacional - y se origina una responsabilidad en este mismo ordenamiento jurídico sino que, de paso, se desconoce lo preceptuado por los Tratados Internacionales y se da lugar a una responsabilidad en el plano internacional. Este punto es esencial para diferenciar las particularidades de la responsabilidad que surge por el desconocimiento de los derechos fundamentales. La cual - si bien puede tener puntos en común con la responsabilidad penal, con la responsabilidad civil y con la responsabilidad administrativa- no se confunde con ellas.

2.6.5 Cuando el Estado Colombiano ratifica un tratado Internacional sobre los Derechos humanos, se compromete a que todos los agentes que actúan a su nombre cumplirán con

¹⁹⁵ Al respecto consultar, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001.

las obligaciones que surgen de dicho tratado. El objetivo es claro, no sólo se busca que los Estados reaccionen frente a un estado de cosas que atenta contra los derechos humanos y sancionen a quienes transgredieron dichos derechos; sino que se pretende *prevenir* que en el futuro los derechos sean desconocidos, con lo que se cumple un fin protector, evitando que actos aviesos vuelvan a repetirse en perjuicio de los derechos.

Por tanto, la responsabilidad que sobreviene de la vulneración de los derechos tiene como consecuencia un conjunto de medidas que buscan disuadir a las autoridades estatales y a los agentes que actúan en su nombre de reiterar actuaciones contrarias a los derechos fundamentales de las personas. Un ejemplo de las medidas preventivas fue desarrollado en el decreto 2591 de 1991 *"Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"* donde se estableció, en el artículo 24, que "(...) [el] juez también prevendrá a la autoridad (...) para evitar la repetición de la misma acción u omisión."¹⁹⁶

2.6.6 Por otra parte, las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son múltiples y comprometen a todos los sectores estatales sin excepción: político, administrativo y judicial. En tal sentido, deben los Estados: (i) interpretar los derechos constitucionales fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado; (ii) ajustar la legislación interna así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales Pactos; (iii) abstenerse de promulgar normas que contraríen esos Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos; (iv) evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales se desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales – con independencia del cargo en el cual se desempeñen las autoridades o agentes estatales, o el nivel en que realicen sus funciones - sea en el plano nacional o en el territorial -incluso cuando se trata de la omisión de prevenir o reprimir acciones ilícitas de los particulares; (v) procurar vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia. Si el Estado incurre en incumplimiento de las obligaciones derivadas de la firma, aprobación y ratificación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos debe, por consiguiente, responder.

¹⁹⁶ El texto completo del citado artículo es el siguiente: ARTÍCULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión

2.6.7 En este orden de ideas, en el caso de la acción de tutela, la responsabilidad que surge por la vulneración de derechos fundamentales no persigue de manera directa una pena o reparación - con lo que se diferencia de la responsabilidad penal, civil y administrativa- sino que busca *principalmente* evitar la consumación del acto que transgrede el derecho, procurar la cesación de la acción que lo ha vulnerado y prevenir que vuelva a ocurrir. De esta forma, cumple varios objetivos: garantizar la protección de los derechos, prevenir que la conducta sea reiterada, y disuadir a las autoridades y a los particulares de cometer conductas aviesas que vulneren los derechos. Sin embargo, la sanción como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales no fue excluida del ámbito de la responsabilidad constitucional, pues si el juez de tutela ordena al accionado actuar - o abstenerse de hacerlo- de determinada manera y éste no lo hizo, podrá ser sancionado mediante figuras como el desacato.

2.6.8 De esta forma, aun cuando las actuaciones que atentan contra los derechos fundamentales puedan proyectarse simultáneamente en el campo penal, civil, administrativo o constitucional; acarrear, en cada uno, consecuencias diferentes que pertenecen a esferas distintas de la responsabilidad. En la sentencia T-120 de 2001¹⁹⁷ esta Corporación indicó:

"[A] diferencia de la acción penal, el objeto de la acción de tutela no es determinar responsabilidades individuales por la comisión de hechos punibles, ni pretende establecer responsabilidades disciplinarias individuales por las actuaciones de las autoridades. Tampoco tiene como objeto la determinación de una responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico causado al patrimonio de un particular, propia de la acción de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa. Con todo, comparte con ésta última la necesidad de determinar el carácter antijurídico del daño, aunque en un caso esta determinación va encaminada a establecer la obligación de reparar un detrimento patrimonial ocasionado, mientras en la tutela la antijuridicidad

¹⁹⁷ La Corte resumió de la siguiente manera el asunto sujeto a debate en aquella ocasión: "En el caso que se presenta ante la Corte las estaciones de policía de los municipios de La Calera y Algeciras fueron objeto de ataques guerrilleros y ubicadas transitoriamente en otros lugares, mientras se reconstruyen las estaciones en sus lugares habituales. En uno de tales casos, en el municipio de La Calera, la estación fue parcialmente trasladada a un lugar vecino a dos jardines infantiles. En el otro caso, en el municipio de Algeciras, la estación fue ubicada transitoriamente en la cárcel municipal, y actualmente se encuentra -también de manera transitoria- en el inmueble donde funciona la alcaldía. En uno y otro caso, los demandantes son habitantes de las casas vecinas que solicitan su reubicación en lugares que impliquen un menor riesgo para sus vidas. En el caso de La Calera el demandante además es padre de un menor que asiste a uno de los jardines infantiles vecinos a la estación." Antes de resolver el caso en cuestión, la Corte estimó pertinente referirse a la obligación puesta por la Constitución en cabeza del Estado de proteger la vida y demás derechos de las personas y, más concretamente el deber del Estado de prevenir riesgos sobrevivientes que amenacen la vida y la integridad física de grupos de determinadas personas en el desarrollo de la actividad del cuerpo de policía. Precisamente en relación con lo anterior, se pronunció la Corte acerca de las transformaciones en punto a la responsabilidad patrimonial del Estado.

se refiere a la contradicción de las normas de la Constitución, y tiene como objeto proteger a las personas frente a las vulneraciones o amenazas de los derechos fundamentales protegidos de manera directa por tal ordenamiento.

2.6.9 En conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico se le otorga un peso específico a la materialización y protección de los derechos fundamentales; los responsables de la vulneración deben, a raíz de la transgresión o amenaza, asumir consecuencias determinadas. Entre las cuales se encuentra no repetir la conducta aviesa al ordenamiento constitucional; siendo un deber del Estado tomar todas las medidas a su alcance para prevenir lo contrario. La fuente de responsabilidad aquí es distinta a la civil, a la penal a la administrativa y se conecta justamente con la primacía que le confiere el ordenamiento constitucional al amparo de los derechos constitucionales fundamentales. Por ende, se trata de una responsabilidad que surge a partir de haberse desconocido los derechos constitucionales fundamentales que vinculan, sin excepción, a todas las autoridades públicas y a todos los particulares.

3. Análisis del caso en concreto

Leidy Maritza Osorio Gil, encontrándose en las postrimerías de su embarazo, interpuso acción de tutela contra la EPS COMFENALCO el veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007), pues a su juicio, la desafiliación a dicha entidad en el octavo mes de embarazo, vulneraba sus derechos fundamentales y los de su hijo; solicitando así a la juez de tutela ordenara a la entidad accionada prestarle el servicio público de salud por el tiempo restante de su embarazo y hasta el parto.

La juez de instancia procedió a vincular a la Secretaría de Salud del Municipio de Medellín. Entidad que dentro del proceso señaló que la actora ya había sido identificada por el programa SISBEN y contaba con ficha número 1054342 (Cuad. 1, folio 21), mas indicó que para poder pertenecer al régimen subsidiado era necesario no encontrarse afiliada al régimen contributivo. Condición que podía demostrarse mediante un certificado expedido por la EPS COMFENALCO. Adujo, finalmente, que en caso de requerir atención de urgencias debía acudir a las Unidades Hospitalarias de la ESE Metrosalud, para que fuera atendida en calidad de persona no asegurada. (Cuad. 1, folio 20).

Por su parte, COMFENALCO manifestó que había procedido a desafiliar a la peticionaria el cinco (5) de junio de dos mil siete (Cuad. 1, folio 22), por no contar con los requisitos normativos para seguir perteneciendo al régimen contributivo en calidad de beneficiaria, ya que había cumplido la mayoría de edad el veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (Cuad. 1, folio 16) y no acreditó dependencia económica de su padre –el cotizante- o encontrarse estudiando.

3.1 Cuestión Previa. De la carencia actual de objeto.

Como anteriormente fue reiterado en esta providencia, la Corte, en su jurisprudencia, ha distinguido al menos dos hipótesis diferentes cuando los supuestos de hecho, que han dado origen a la presentación de la acción tuitiva de derechos fundamentales, fenecen, son superados o desaparecen.

Mediante comunicación telefónica con la demandante, el despacho del Magistrado Ponente se enteró que el hijo de la accionante nació el catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007), por lo que el presente caso se circunscribe a la segunda hipótesis anteriormente señalada, pues la carencia de objeto surgió estando en curso el Proceso de Revisión ante la Corte Constitucional. En este orden de ideas, existiendo en la actualidad carencia de objeto, debido a que el parto acaeció en el mes de agosto, encuentra esta Sala pertinente pronunciarse sobre la decisión adoptada por la juez de instancia y el comportamiento de la EPS COMFENALCO.

3.2 De los sujetos de especial protección constitucional

Como fue indicado en los fundamentos fácticos de esta providencia, la accionante, Leidy Maritza Osorio Gil, interpuso la acción de tutela, que suscitó la presente sentencia, encontrándose en el octavo mes de embarazo.

Por tanto, la actora era en ese momento un sujeto de especial protección reforzada constitucional; contando en ese momento simultáneamente con la calidad de mujer y madre de un hijo que, al nacer, de acuerdo con el texto constitucional, y ser menor de un año, se convirtió en sujeto de especial protección.

3.3 De la prohibición de desafiliación a personas de especial protección constitucional.

3.3.1 Como fue indicado en el fundamento normativo de esta providencia, el sistema de seguridad social en Colombia implica el derecho a la continuación en la prestación del servicio de salud, así como la prohibición de dejar sin servicio a miembros de grupos de especial protección, pues constituye una regresión del derecho de salud la expulsión de una persona vinculada al sistema de seguridad social sin tener en cuenta las condiciones de protección constitucional reforzada. Paladino es que la mujer parturienta o embarazada y los niños hacen parte de dicho grupo.

3.3.2 De igual forma, para la Sala es evidente que la actuación de la EPS, al desafiliar a dos sujetos de especial protección constitucional, no sólo vulneró el derecho fundamental a la

salud y a la seguridad social de la actora y de su hijo, sino que, además de transgredir el derecho al debido proceso de la señora Osorio Gil, amenazó el derecho a la vida de ambos.

En primera medida, es necesario indicar que -según manifestó COMFENALCO- la desafiliación de la accionante se produjo el cinco (5) de junio de dos mil siete (2007), esto es, sólo doce días después de que la actora cumplió la mayoría de edad. Este punto es relevante, por cuanto, amén de la prohibición de desafiliar a los sujetos de especial protección, el Decreto que cita la EPS para sustentar su actuación – Decreto 1703 de 2002 *"Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud."*- consagró en el segundo inciso del artículo 4º que *"[c]uando se compruebe por la entidad promotora de salud, la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario, no comunicado oportunamente a dicha entidad por parte del afiliado cotizante, dicha entidad seguirá el procedimiento de desafiliación correspondiente, previa comunicación escrita al afiliado cotizante, con no menos de un (1) mes de antelación (...)"*¹⁹⁸.

Debido a que el intersticio entre la fecha en la cual la actora cumplió la mayoría de edad (24 de mayo de mayo de dos mil siete) y el momento de la desvinculación (5 de junio de dos mil siete) es de doce días, es evidente que el término de un mes no fue cumplido por la EPS. Por tanto, no cabe duda de la vulneración al debido proceso, que en el caso en concreto es conexas con la transgresión al derecho a la continuación de la prestación del servicio de salud, ya que la EPS está obligada a informar a las personas las posibilidades con las que cuentan para no ser desafiliadas, entre las cuales se halla la afiliación adicional desarrollada en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998.

3.3.3 De igual forma, es menester indicar que el deber de informar oportunamente a la EPS sobre la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario fue cumplido por la señora Osorio Gil, pues la actora manifestó en el escrito de tutela haberse comunicado con

¹⁹⁸ El texto completo del citado artículo es el siguiente: ARTÍCULO 4o. OBLIGACIÓN DE LOS AFILIADOS. Además de la obligación de suministrar los soportes que acreditan la calidad de beneficiario de su grupo familiar cuando les sea requerida, es responsabilidad del afiliado cotizante reportar las novedades que se presenten en su grupo familiar y que constituyan causal de extinción del derecho del beneficiario, tales como fallecimientos, discapacidad, pérdida de la calidad de estudiante, independencia económica, cumplimiento de la edad máxima legal establecida y demás que puedan afectar la calidad del afiliado beneficiario.

Cuando se compruebe por la entidad promotora de salud, la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario, no comunicado oportunamente a dicha entidad por parte del afiliado cotizante, dicha entidad seguirá el procedimiento de desafiliación correspondiente, previa comunicación escrita al afiliado cotizante, con no menos de un (1) mes de antelación; el cotizante responderá pecuniariamente en todo caso, por el reporte extemporáneo de las novedades correspondientes de su grupo familiar, debiendo reembolsar los gastos en que incurrió el Sistema durante el periodo en que el beneficiario carecía del derecho. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades en cabeza del afiliado cotizante, la entidad promotora de salud, EPS, el empleador o la entidad pagadora de pensiones, cuando a ello hubiere lugar.

la EPS para indagar la consecuencia que acarrearía el hecho, inevitable, de cumplir la mayoría de edad y cómo esto afectaría el cubrimiento del tiempo restante de embarazo y parto.

Según narró la accionante, la EPS le informó que no se *"(...) preocupara por cumplir la edad dado que la EPS [le] cumplía (sic) todo lo del parto y no cubría lo que tuviera que ver con el bebé, pues debía ser afiliado al SISBEN a partir del nacimiento para lo que debía ser encuestado"* (Cuad. 1, folio 1).

Ambas afirmaciones no fueron controvertidas por COMFENALCO, por lo que gozan, para los efectos de esta sentencia, de la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que Leidy Maritza fue diligente al informar a la empresa el próximo acaecimiento de su cumpleaños número dieciocho, con lo que evidentemente buscaba saber con qué posibilidades contaba para continuar afiliada a la EPS. No obstante, COMFENALCO, entidad responsable socialmente de informar a sus afiliados las posibilidades con las que cuentan dentro del sistema para no ser desvinculados, faltó a su deber. Con lo que transgredió el mandato de progresividad, así como los principios de universalidad y solidaridad que el texto Constitucional le impone, pues, amén de tratarse de dos personas de especial protección constitucional, es contrario a dichos principios desafiliar a una persona vulnerándole el debido proceso. Como anteriormente fue señalado, dichos principios suponen que antes de dejar expuesta a una persona a una total desprotección del servicio de salud debe facilitarse que sus familiares lo mantengan afiliado al sistema.

3.4 Del alcance constitucional de los derechos fundamentales

3.4.1 La mujer ha sido discriminada por el hecho de quedar embarazada, razón por la cual, el Constituyente de 1991 le aseguró un régimen jurídico de especial protección.¹⁹⁹ La discriminación por motivos del embarazo, amén de ser un atentado contra el derecho a la igualdad, es un acto que en el ámbito internacional se ha catalogado de violento; ese es precisamente el significado que ha de atribuírsele al artículo 6º de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer cuando establece que el *"(...) derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye (...) [el] derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación"*.

3.4.2 De igual forma, el texto Constitucional señaló expresamente el deber de la *"familia, la sociedad y el Estado (...) de asistir y proteger al niño/a para garantizar su desarrollo armónico e*

¹⁹⁹ Al respecto, consultar entre otras, la sentencia T-375 de 2007

integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...)". Concatenado a lo anterior, la Convención de los Derechos del niño señaló que, en aras de garantizar al menor el disfrute del más alto nivel posible de salud, se debía *"(...) asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres (...)"*²⁰⁰. De esta forma, la vulneración del derecho a la Salud de la madre, al dejarla desvinculada aun cuando requería controles prenatales acarrea indiscutiblemente la transgresión del derecho fundamental del menor.

3.4.3 Como fue indicado en el fundamento normativo de esta providencia, el interés superior del niño debe ser un vector de toda actuación de las instituciones, sean públicas o privadas, que presten servicios públicos esenciales como la salud. La desafiliación del menor, que a juicio de esta Corporación obedeció a motivos económicos, además de atentar gravemente contra la Salud del niño agredió dicho principio, ya que hizo prevalecer los intereses patrimoniales de una empresa sobre los derechos fundamentales del menor.

3.4.4 Por tanto, la desafiliación de Leidy Maritza Osorio Gil y de su hijo/a constituye un acto avieso al ordenamiento constitucional - pues no se le podía desvincular sin dar opciones para continuar afiliada- que, además de violento y discriminatorio contra la mujer parturienta, afectó el derecho a la continuación de la prestación del servicio de dos sujetos de especial protección constitucional y transgredió el principio que consagró el interés superior del niño.

3.4.5 Es evidente entonces, que las actuaciones de la EPS COMFENALCO transgredieron los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo, y que por ende, la juez de instancia debió haber concedido el amparo solicitado; sin embargo, de forma errónea y en un claro desconocimiento del ordenamiento constitucional no lo hizo, haciendo prevalecer una norma de inferior jerarquía frente a múltiples disposiciones de rango constitucional, ya que aplicó el artículo 3º del decreto 1703 de 2002 en vez de normas constitucionales que consagran que *"(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación[,y que] durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado"*. Así mismo, no decidió el caso bajo las normas constitucionales que indican que *"los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"*; cuando sabido es que *"la Constitución es norma de normas [y que] en todo caso de incompatibilidad entre [ella] y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."* En este orden de ideas, la sentencia de instancia habrá de ser revocada. No obstante, la pretensión de la accionante buscaba protección para que la EPS accionada le brindara sus servicios hasta el momento del parto -el cual acaeció en el mes de agosto-, por lo que *en la actualidad* existe carencia de objeto.

²⁰⁰ Convención Ob.cit. artículo 24, literal d.

3.4.6 Como fue indicado en el fundamento normativo de esta providencia, la Corte Constitucional ha señalado que cuando la carencia de objeto ocurre de forma posterior al fallo de instancia y el juez de tutela debió haber amparado los derechos fundamentales y no lo hizo, es deber de la Sala de Revisión revocar la providencia de instancia, y en su lugar pronunciarse al respecto, pues no es aceptable confirmar un fallo a todas luces contrario al ordenamiento constitucional.

3.5 De la responsabilidad por violación a los derechos fundamentales

3.5.1 El modelo del Estado Social de Derecho - en aras de alcanzar la universalidad y progresividad de los servicios públicos esenciales- permitió que los privados prestaran el servicio de salud. La eficiencia esperada, evidentemente, no es financiera. Por el contrario, las EPS deben procurar brindarle a las personas los servicios que sus condiciones de salud exigen, sin esperar prioritariamente un beneficio económico -legítimo en todo caso- sino social; dentro del marco del derecho a la continua y adecuada prestación del servicio.

3.5.2 De igual forma, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica la obligación del Estado, y de los particulares que actúan a su nombre, de crear las condiciones materiales para que los derechos fundamentales no sean letra muerta, que en un hado de garantismo fijó el constituyente primario, pisoteada constantemente en busca del beneficio económico. La omisión frente a dichas obligaciones acarrea una responsabilidad específica -que no excluye las posibles consecuencias penales, administrativas o civiles-, que conduce a una orden del juez de tutela para que la entidad accionada actúe o se abstenga de hacerlo, al igual que no reitere la conducta aviesa al ordenamiento constitucional.

3.5.3 Así, vislumbra la Sala la efectiva transgresión de los derechos fundamentales a la Salud, integridad personal, vida y debido proceso de la actora y su hijo, que a su vez constituye una ignominia contra la dimensión objetiva de dichos derechos. La responsabilidad que surgió en ese momento al desafiliarla era evidente: la EPS debía volver a afiliarla cuanto antes, mas por un error evidente de la juez de instancia no lo hizo.²⁰¹ Sin embargo, como bien fue indicado anteriormente, el objetivo de la revisión de las sentencias de tutela no queda limitado al caso en concreto, pues tiene como objetivo prevenir la repetición del acto antijurídico.

3.5.4 Las sentencias de Tutela buscan en primera medida evitar que el acto que amenaza el derecho fundamental se concrete y, en caso de que ya lo haya hecho, restaurar el orden constitucional permitiendo a la persona el goce efectivo de su derecho. Sin embargo, otro objetivo de la facultad de revisión de la Corte Constitucional es, además de consolidar la

²⁰¹ Al respecto consultar, entre otras, la sentencia T-228 de 2006

jurisprudencia en torno a los derechos fundamentales, evitar que las acciones aviesas al ordenamiento vuelvan a ocurrir. Este es el sentido de la prevención, desarrollada en el artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

3.5.5 Empero, frente a atentados ignominiosos contra el ordenamiento Constitucional no se puede considerar que la simple prevención baste. Por el contrario, es deber del juez Constitucional tomar las medidas necesarias para que el acto vulneratorio no vuelva a repetirse nunca. Entre estas medidas se encuentran las simbólicas, cuyo fundamento es el resarcimiento a la dignidad humana, que, amén de ser el sustrato del Estado Social de Derecho, se vio vilipendiada al transgredirse los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de dos sujetos de especial protección constitucional.

Y es que el contenido de la expresión "dignidad humana" puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al respecto, en la sentencia T-881 de 2002 esta Corporación manifestó:

"(...) Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Entonces, al atentar contra la dignidad humana no sólo se transgrede la intangibilidad de bienes como la vida, la seguridad social y la salud; sino que, por una parte, se actúa contra ciertas condiciones que deben garantizarse. Y por la otra, se atenta contra un principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano, que, además de ser un valor, es un derecho fundamental autónomo. La gravedad que reviste una conducta que vilipendie la dignidad es entonces evidente.

La obligación anteriormente señalada fue reconocida por el Estado en normas del derecho internacional. Así, el artículo 7º de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, estableció el compromiso de *"(...) adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha*

violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad (...); tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, (...) para modificar o abolir prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (...)".

3.5.6 Al indicar la disposición enunciada, la obligación de adoptar *todas las medidas existentes, incluidas las legislativas y judiciales*, es claro, que las sentencias judiciales deben estar encaminadas a prevenir, de forma apropiada, *"(...) la persistencia (...) de la violencia contra la mujer."* Si bien el juez Constitucional no está facultado para sancionar al infractor, pues la acción de tutela es residual, y por ende, frente a la responsabilidad por la vulneración de los derechos fundamentales no puede crear un crédito a favor de la accionante, también es cierto que debe tomar medidas efectivas para prevenir la reiteración de la conducta.

3.5.7 Entre las medidas que puede adoptar se encuentran las simbólicas, que, amén de implicar el reconocimiento de la responsabilidad por el acto antijurídico, buscan concientizar, tanto al accionado como a la sociedad, sobre la importancia de respetar los derechos fundamentales. Así, el numeral 1º del artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño consagró la obligación de los Estados de adoptar medidas educativas apropiadas *"(...) para proteger al niño contra toda forma de (...) descuido o trato negligente (...)"*²⁰². Medida que debe ser interpretada conforme al artículo 4º de la misma Convención, que, de forma similar a las disposiciones en torno a la eliminación de la discriminación contra la mujer, estableció: *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención"*.²⁰³ En este orden de ideas, no se puede pretermitir, en la interpretación y aplicación de las medidas simbólicas, la obligación que todo tribunal tiene de tener en consideración en todas sus decisiones el interés superior de los niños y las niñas.²⁰⁴

²⁰² El texto completo del numeral citado es el siguiente: Artículo 19, numeral 1º: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

²⁰³ El texto completo del artículo citado es el siguiente: Artículo 4º: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

²⁰⁴ Artículo 3º, numeral 1º, convención ob.cit..

3.5.8 En primer lugar, con el objetivo de reestablecer la dignidad vilipendiada de dos sujetos de especial protección constitucional reforzada, la Sala ordenará a COMFENALCO EPS que vuelva a afiliar, en el término perentorio de 72 horas a partir de la notificación de esta providencia, a Leidy Maritza Osorio Gil y a su hijo. Deberán permanecer afiliados por lo menos durante el primer año de vida del menor, pues es evidente que la protección que el artículo 50 de la Constitución brinda al menor debe extenderse a su madre, la cual vio transgredidos sus derechos fundamentales al haber sido desvinculada del sistema.

Al terminar dicho año de protección, la EPS tendrá, además, la obligación de acompañar a la accionante hasta que tanto ella como su hijo sean afiliados a otra entidad, ya sea del régimen subsidiado o del contributivo; obligación que implica, entre otros, el deber de no desafiliarlos sino hasta cuando la actora y su unigénito cuenten con otra empresa promotora de salud, indicar que documentos requiere para la afiliación y señalar las normas pertinentes de los diferentes regímenes.

3.5.9 En segundo lugar, para la Sala es evidente que las medidas simbólicas que adoptará deben ser proporcionales al agravio que COMFENALCO causó a los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el principal objetivo de las medidas simbólicas es prevenir la reincidencia del acto vulneratorio de los derechos fundamentales, – la transgresión del derecho a la salud de dos sujetos de especial protección constitucional – se hace necesario que las medidas contemplen un componente informativo tanto para la sociedad como para la EPS.

3.5.10 La EPS deberá informar a todas las mujeres embarazadas afiliadas a la seccional Antioquia sobre su calidad como sujetos de especial protección y el derecho a la continuación en la prestación del servicio de salud en los términos de esta providencia. Para lograr esto, deberá instalar - en sitios visibles y de información al público- afiches en todo centro de salud y salas de espera; en los cuales deberá especificar que las mujeres y los niños menores de un año son sujetos de especial protección constitucional, y deberá indicar que la continuación en la prestación del servicio de salud hace parte fundamental de dicho derecho, por lo que no se puede interrumpir. Así mismo, dichos afiches deberán contener la parte resolutive de esta providencia.

3.5.11 La EPS deberá informar al Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín el cumplimiento de las órdenes dadas en la presente providencia. A su vez, la juez de instancia será requerida para que controle el total cumplimiento de las medidas simbólicas ordenadas en esta sentencia e informe de su cumplimiento a esta Sala de Revisión.

3.5.12 Ahora bien, el reconocimiento de la responsabilidad frente a la violación de los derechos fundamentales, así como las medidas simbólicas que serán ordenadas, no excluyen la responsabilidad civil, disciplinaria, administrativo o penal en que hayan

incurrido la EPS. Dicha responsabilidad, debido a la subsidiariedad de la tutela, deberá ser resuelta a petición de parte en las instancias pertinentes.

3.5.13 En conclusión, al encontrar la Sala de Revisión que la decisión tomada por la juez de instancia fue contraria al ordenamiento constitucional, revocará la providencia dictada por el Juzgado Veintidós Civil Municipal. Ante la necesidad de prevenir que la EPS COMFENALCO repita la actuación aviesa de desafiliar a dos sujetos de especial protección constitucional ordenará medidas simbólicas. De igual forma, requerirá a la juez de instancia para que controle el cabal cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia. Por último, la Sala de Revisión remitirá copias a la Superintendencia de Salud para que inicie las investigaciones que considere pertinentes.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín el doce (12) de julio de dos mil siete (2007) en la causa instaurada por la actora contra EPS COMFENALCO Antioquia. DECLARAR que por configurarse la carencia actual de objeto en la presente acción de tutela, no se imparten órdenes en torno a las pretensiones de la accionante.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS COMFENALCO Antioquia que en el término perentorio de 72 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a afiliar a Leidy Maritza Osorio Gil y a su hijo. Tanto la accionante como su hijo deberán permanecer afiliados por lo menos durante el primer año de vida del menor. Al terminar dicho año de protección, la EPS tendrá, además, la obligación de acompañar a la accionante hasta que tanto ella como su hijo sean afiliados a otra entidad, ya sea del régimen subsidiado o del contributivo; obligación que implica, entre otros, el deber de no desafiliarlos sino hasta cuando la actora y su unigénito cuenten con otra empresa promotora de salud, indicar que documentos requiere para la afiliación y señalar las normas pertinentes de los diferentes regímenes.

TERCERO. ORDENAR a la EPS COMFENALCO Antioquia que, en el término perentorio de 72 horas a partir de la notificación de esta providencia, instale afiches - en sitios visibles y de información al público- en todo centro de salud y salas de espera de la EPS; los cuales deberán permanecer instalados por lo menos un año, y deberán especificar que las mujeres y los niños menores de un año son sujetos de especial protección constitucional y que la continuación en la prestación del servicio de salud hace parte fundamental del derecho a la salud, por lo que no se puede interrumpir. De igual forma, dichos afiches deberán contener la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO. ORDENAR a la EPS COMFENALCO que informe al Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín el cabal cumplimiento de lo ordenado en la parte resolutive de esta Sentencia. REQUERIR al Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín para que controle e informe a esta Sala de Revisión el pleno cumplimiento de las medidas simbólicas ordenadas en esta providencia.

QUINTO. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se remitan copias de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que inicie las investigaciones que considere pertinentes por la vulneración de derechos fundamentales de dos sujetos de especial protección constitucional.

SEXTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

2.21.7. Sentencia T-386/06

M.P. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Trabajador independiente-Proceso de afiliación a EPS. Servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable

Reiteración de Jurisprudencia

"... 2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso la entidad demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria, al impedirle la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y por ende la continuidad de la prestación de los servicios de salud de su progenitora gravemente afectada por la enfermedad de cáncer, bajo el argumento de no contar con capacidad económica suficiente para cubrir el pago de las cotizaciones, dada su condición de trabajadora independiente.

Antes de resolver el asunto, la Sala hará referencia de manera general al carácter obligatorio e irrenunciable del derecho a la seguridad social, el derecho a la afiliación y al principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos de salud y seguridad social.

3. La seguridad social como servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable. El derecho a la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

La jurisprudencia de esta Corporación²⁰⁵ ha sostenido de manera reiterada, que de conformidad con el artículo 48 del Ordenamiento Superior, la seguridad social se encuentra consagrada como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la Ley. Dicho servicio, a su vez, se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, gracias a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador.

Por su parte, acorde con lo estipulado en el artículo 49 de la Constitución, la atención en salud constituye un objetivo fundamental de la seguridad social como derecho de reconocimiento superior, dirigida a facilitar el acceso de las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma, que para su prestación, igualmente, adopta la forma de un servicio público a cargo del Estado, bien sea en forma directa o a través de entidades privadas, al que le corresponde organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, al lado del deber de cada individuo de procurarse el cuidado integral necesario de su salud y la de su comunidad.

En desarrollo de los artículos 48 y 49 C.P., fue expedida la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objetivo fundamental es garantizar la efectividad del servicio de salud, con la participación de todos los colombianos en el sistema en virtud del principio de universalidad, la cual se logra a través de la afiliación obligatoria en alguno de los siguientes regímenes, dependiendo de la capacidad económica de la persona:

El primero de ellos, el régimen contributivo, al que se afilian las personas con capacidad de pago, el cual ha sido definido por la citada Ley así:

"ARTÍCULO 202. DEFINICIÓN. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador."

²⁰⁵ Ver entre otras las sentencias SU-039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-904 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-1202 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Los afiliados y afiliadas a éste régimen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley 100/93, serán las personas de que trata el literal a) numeral 1 del artículo 157, es decir: *"... [l]as personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago."*

El régimen subsidiado por su parte, se dirige a todas las personas que no tienen capacidad de pago y se define así:

"ARTÍCULO 211. DEFINICIÓN. El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley."

De conformidad con lo dispuesto en el literal a), numeral 2 del artículo 157, serán beneficiarios de éste régimen las siguientes personas:

"2. Los afiliados y afiliadas al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago."

Según el mencionado artículo 157, bajo la categoría de los participantes vinculados se encuentran: *"aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado"*. Esta clase de participantes en donde se ubican las personas económicamente menos favorecidas y aún no incorporadas al sistema de seguridad social en salud, es transitoria para garantizar una atención básica mientras se amplía la cobertura del sistema y no por ello constituye un tercer régimen²⁰⁶.

²⁰⁶ Ver Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Bajo este contexto, resulta claro que todas las personas, sin discriminación alguna, tienen derecho a acceder a la seguridad social y que el Estado es responsable de garantizar que las entidades de la seguridad social, ya sean públicas o particulares, estén dispuestas en todo momento a brindar la atención que demanden los usuarios, en forma oportuna y eficaz²⁰⁷, sin que puedan establecerse criterios de distinción referentes al sexo, la raza, el origen familiar, el estado de salud o cualquier otra condición de las personas, para impedir la correspondiente afiliación.

En consonancia con el principio de universalidad que ha sido definido en la Ley 100 de 1993 como *"la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida."*, las entidades promotoras de salud no pueden negar la afiliación de persona alguna bajo el argumento de que padece cierta enfermedad ni en atención a sus rasgos físicos o a sus relaciones sociales. En ese sentido, el acceso al derecho a la seguridad social no está supeditado a condicionamiento alguno, salvo lo relativo al nivel de ingresos de las personas, criterio que sirve de base para la afiliación en el régimen contributivo o subsidiado, o en el vinculado, que son las formas de acceder al sistema, pero que en modo alguno obstaculizan el ingreso al mismo a través de la afiliación.

La afiliación permite hacer efectivo el principio de universalidad que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este orden de ideas, la afiliación de las personas al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de uno de los dos regímenes – contributivo o subsidiado- es obligatoria²⁰⁸. De un lado, es una obligación de las E.P.S. de acuerdo con el numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 183 que prohíbe a las E.P.S. negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando asegure el pago de la cotización o del subsidio correspondiente. De otro lado, la afiliación constituye un derecho en cabeza de cualquier persona, exigible ante la E.P.S. de su elección, dentro de los parámetros legales y reglamentarios²⁰⁹.

El Decreto 806 de 1998 establece cuáles son las reglas generales de afiliación. Según esta normatividad, la afiliación podrá ser individual o colectiva (art. 42), los afiliados y afiliadas deben contar con carnet de afiliación (art. 44), libertad de elección por parte del afiliado (art. 45), efectos de la afiliación (art. 47). De manera complementaria, el Decreto

²⁰⁷ Ver sentencias T-111 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-406 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰⁸ Artículo 25 del Decreto 806 de 1998.

²⁰⁹ Según la sentencia T-731 de 2004 *"Las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. son empresas de carácter público o privado, encargadas por la Ley 100 de 1993, junto con las Entidades Adaptadas de Salud E.A.S., de la administración del régimen contributivo del sistema de salud, para lo cual les han sido asignadas las funciones de afiliación, carnetización, recaudo de las cotizaciones obligatorias - por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA -, administración de los recursos y prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S. del régimen contributivo, de manera directa o indirecta (artículo 177 de la Ley 100 de 1993)"*.

1703 de 2003 *"Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud"* establece ciertas condiciones para efectos de la afiliación al Sistema tanto del cotizante como de sus beneficiarios, las cuales deben ser debidamente acreditadas ante la E.P.S. respectiva (Art. 3).

Por su parte, el pago oportuno y completo de los aportes, constituye una de las principales obligaciones de los afiliados y afiliadas al Sistema de Seguridad Social Integral en el régimen contributivo, en tanto que de ello depende la viabilidad financiera del Sistema y el derecho de los afiliados y afiliadas a ser acreedores de los servicios de salud que se ofrecen según la Ley o el contrato dependiendo del caso, pero en manera alguna constituye un requisito de ingreso al mismo.

En el evento en que el afiliado suspenda las cotizaciones que por Ley le corresponde, cesaría para la entidad promotora de salud de conformidad con la Ley la obligación de prestar determinados servicios por un tiempo o su suspensión definitiva transcurrido determinado lapso.²¹⁰

Si bien, mediante el Decreto 1703 de 2002, se dotó a las E.P.S. de herramientas para controlar la evasión de los aportantes, y en tal virtud pueden requerir y verificar la información relacionada con las calidades necesarias para afiliarse en calidad de cotizante o beneficiario, a fin de evitar irregularidades que entorpezcan la sostenibilidad del sistema, en manera alguna significa que este medio de control pueda ser utilizado para impedir las afiliaciones al Sistema.

En relación con dichas atribuciones, la Corte en la Sentencia T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, consideró que: *"Estos mecanismos de control sobre la información suministrada por los usuarios, son factores determinantes que contribuyen en el eficiente funcionamiento y sostenibilidad del Sistema de Salud, pues sanciona a quienes no hayan cumplido sus obligaciones dentro del sistema, en desmedro tanto de deberes legales de orden público como de mandatos constitucionales."*

²¹⁰ Así el artículo 9º del Decreto 1703 de 2002, *"Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud"*, prevé la suspensión de la afiliación cuando se presenten las causales del artículo 57 del Decreto 1406 de 1999 y cuando no se presenten los soportes exigidos para los beneficiarios y el artículo 10º de la misma norma, establece las causales de desafiliación.

4. La continuidad en la prestación de los servicios de salud y seguridad social.

En virtud del principio de eficiencia, inherente a la prestación de los servicios públicos (art. 365 de la C.P.)²¹¹, el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de manera continua y eficiente del servicio. De la mencionada obligación se deriva el principio de continuidad que supone la imposibilidad de su interrupción, a menos que exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.²¹² Al respecto, en la Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación anotó que: *"Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales..."*.

La Corte ha considerado que la continuidad en la prestación de los servicios públicos²¹³ se justifica en tanto garantiza también el postulado de la buena fe. Al respecto, ha sostenido: *"La continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P.: 'las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe'. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado."*²¹⁴

Respecto de la salud y la seguridad social la jurisprudencia ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales.²¹⁵ En tal sentido, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las razones de índole administrativo²¹⁶ o aquellas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores o empresas contratantes con las

²¹¹ El artículo 365 de la Constitución Política establece: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional."

²¹² Sentencia T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²¹³ Ver sentencia T-128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²¹⁴ Sentencia T- 993 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²¹⁵ Así en la sentencia C-800 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte señaló que ni siquiera invocando las siguientes razones, una E.P.S. puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.

²¹⁶ Ver sentencia T-262 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

E.P.S., o en los casos en que la persona deja de tener una relación laboral, no son aceptables para negar la atención médica ya iniciada. En estos casos la prestación del servicio debe continuarse y, si ello es posible, culminarse, hasta tanto el usuario adquiera cierta estabilidad en la cual no exista amenaza alguna a derechos fundamentales.²¹⁷

Sobre el particular, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia C-800 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, explicó lo siguiente:

"(...) En efecto, si la persona deja de tener una relación laboral, deja de cotizar al régimen contributivo del Sistema de Salud y no se encuentra vinculada de ninguna otra forma a dicho régimen, pero estaba recibiendo un servicio específico de salud, se pueden distinguir dos situaciones posibles: (a) que la vida y la integridad de la persona dependan del servicio médico específico que se está recibiendo y (b) los demás casos. En la primera situación, constitucionalmente no es admisible que se interrumpa el servicio de salud específico que se venía prestando, pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ello implicaría sacrificar el goce efectivo de los derechos a la vida y a la integridad de una persona. Son entonces las EPS que prestaban en cada caso específico el servicio requerido las que deben garantizar, en primera instancia, que la prestación del mismo no se suspenda; en segunda instancia, la obligación de garantizar la continuidad en la prestación del servicio será responsabilidad de la entidad o las entidades a las cuales les corresponda seguir atendiendo a la persona, dependiendo de la situación jurídica y económica en la que ésta se encuentre."

De esta manera, quienes están en la obligación de prestar el servicio no pueden incurrir en conductas u omisiones que comprometan esa continuidad.²¹⁸ Como ha explicado la Corte, *"una vez alguien entra al Sistema tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo"*²¹⁹.

5. Caso Concreto.

La señora Mónica Alexandra Jiménez Gallo, presenta acción de tutela por considerar que la E.P.S. Comfenalco ha vulnerado sus derechos fundamentales al impedirle la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de trabajadora independiente, con lo cual teme quedarse sin la prestación de los servicios de salud que se le venían prestando a su progenitora gravemente afectada por la enfermedad de cáncer.

La entidad accionada argumenta para ello que la accionante no cuenta con capacidad económica para sufragar las cotizaciones necesarias para afiliarse al régimen contributivo

²¹⁷ Ver Sentencia T-829 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹⁸ T-978 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²¹⁹ Sentencias C-800 de 2003 y T-537 de 2004.

en calidad de trabajadora independiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del decreto 806 de 1998, en tanto que en el formulario de afiliación afirmó ser vendedora, mientras que en la demanda sostuvo que un familiar le suministrará la plata para pagar la cuota.

El Juez de conocimiento niega el amparo por considerar que la accionante no cuenta con capacidad económica suficiente para costear los aportes, toda vez que los ingresos que afirma tener como vendedora de cosméticos, no alcanzan a los dos salarios mínimos legales mensuales de conformidad con lo exigido por el artículo 26 del Decreto 806 de 1998.

Sea lo primero señalar que de las pruebas que obran en el expediente, no cabe duda alguna respecto del grave estado de salud de la progenitora de la accionante y del tratamiento que la E.P.S. accionada le venía proporcionando.

En efecto, de conformidad con la historia clínica, desde el año 2003, fecha en que fue afiliada a la E.P.S. Comfenalco (folio 68), fue diagnosticada con cáncer en la glándula tiroides (folio 57). Se le han practicado intervenciones quirúrgicas consistentes en *excisión de nódulos y vaciamiento radical de cuello*, el 2 de octubre de 2004, 28 de mayo, 7 de septiembre y 6 de noviembre de 2005, (folios 10, 25, 50 y 63). Los resultados de las intervenciones fueron remitidos al laboratorio para estudio de patología (folios 9, 41, 57 y 65). Igualmente la EPS le autorizó consulta con especialista por medicina nuclear (folio 39), terapia *Oblativa* (folio 32) y exámenes de diagnóstico (*gamagrafía*), (folio 27).

Al respecto, la Corte considera importante destacar que en estos casos, conforme lo ha señalado la jurisprudencia constitucional anotada en líneas precedentes, las entidades promotoras de salud tiene la obligación de seguir prestando el servicio cuando de ello dependan los derechos fundamentales a la vida e integridad de una persona.

De la misma forma, según lo consagrado recientemente en la Ley 972 de 2005²²⁰, las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida por un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas, como lo es el Cáncer.

Ahora bien, en relación con la capacidad económica de la accionante, de acuerdo con el material que reposa en el expediente se tiene lo siguiente:

²²⁰ "Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida".

En el escrito de demanda (folio 1) y en las diligencia de ampliación (folios 73 y 88), la accionante afirma que su sustento y su actividad económica consiste en la venta irregular de cosméticos que encarga de Medellín y además en el bordado de camisetas, lo que le ha generado ingresos aproximados por \$80.000.00 desde que perdió el empleo y mientras logra organizar el negocio una tía le dará la plata para pagar la afiliación. Así mismo indica que actualmente vive de los dineros que provienen de su liquidación laboral.

Revisadas las normas que rigen el proceso de afiliación de una persona a la E.P.S. como trabajador independiente, se tiene lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley 100 de 1993²²¹, es deber del afiliado, entre otros, pagar las cotizaciones cuando le corresponda.

Por su parte las entidades promotoras de salud E.P.S., tienen la obligación, entre otras, *"...de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley..."* (art. 178, numeral 3. de la Ley 100/93)²²²

El artículo 183 de la Ley 100, establece claramente lo siguiente:

²²¹ El artículo 160 de la Ley 100 de 1993 estipula: " DEBERES DE LOS AFILIADOS Y AFILIADAS Y BENEFICIARIOS. Son deberes de los afiliados y afiliadas y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes: 1. Procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. 2. Afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en Salud. 3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar. 4. Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y los ingresos base de cotización. 5. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores a las que se refiere la presente Ley. 6. Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y profesionales que le prestan atención en salud. 7. Cuidar y hacer uso racional de los recursos, las instalaciones, la dotación, así como de los servicios y prestaciones sociales y laborales. 8. Tratar con dignidad el personal humano que lo atiende y respetar la intimidad de los demás pacientes." (Subrayado fuera del texto).

²²² El artículo 178 de la Ley 100 de 1993, dispone: "FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones: 1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. 2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social. 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y afiliadas y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley. 4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y afiliadas y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia. 5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios. 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. 7. Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud." (Subrayado fuera del texto).

ARTÍCULO 183. PROHIBICIONES PARA LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados y afiliadas, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. (Subrayado fuera del texto).

El inciso primero del artículo 204 de la Ley 100/93²²³, determina que la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados y afiliadas al Sistema de Salud, corresponde al 12% del salario base de cotización, el cual no puede ser inferior al salario mínimo.

El artículo 26 del Decreto 806 de 1998,²²⁴ estipula que las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al régimen contributivo mediante el pago de una cotización y determina que los trabajadores independientes se puedan afiliar como cotizantes junto con los rentistas, empresarios y en general quienes no tengan vínculo con un empleador.

²²³ El artículo 204 de la Ley 100 dispone lo siguiente: "MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados y afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. (...)"

²²⁴ El artículo 26 del Decreto 806 de 1998 "Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional", dispone lo siguiente: "Afiliados y afiliadas al régimen contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al régimen contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. = Serán afiliados y afiliadas al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud: = 1. Como cotizantes: = a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculada mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquella personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país; = b) Los servidores públicos; =c) Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto de sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios; = d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y (cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores; a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes), y = e) Los cónyuges o compañeros(as) permanentes de las personas no incluidas en el régimen de seguridad social en salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que reúnen alguna de las características anteriores. La calidad de beneficiario del cónyuge afiliado a sistemas especiales, no lo exime de su deber de afiliación al sistema general de seguridad social en salud en los términos de la Ley 100 de 1993. = 2. Como beneficiarios: = Los miembros del grupo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto." El texto entre paréntesis fue declarado nulo por el Consejo de Estado Sección Segunda, mediante Sentencia 3403 de 2004, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

El cálculo del ingreso base de cotización para los trabajadores independientes, se efectúa mediante un sistema de presunciones de ingreso que han sido reglamentadas por el Gobierno Nacional, con el propósito de asegurar que los ingresos que declara la persona correspondan a los que debe recibir por la actividad que desempeña. El Parágrafo 2º del artículo 204 de la Ley 100/93 estipula lo siguiente: *" Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos. "*

Los artículos 26 del Decreto 806 de 1999²²⁵, artículo 25 del Decreto 1406 de 1999²²⁶ y el 11 del decreto 47 de 2000²²⁷, así como el artículo 5º de la Resolución No.9 de 1996, expedida

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ El artículo 25 del Decreto 1406 de 1999, "Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del registro único de aportantes al sistema de seguridad social integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho sistema y se dictan otras disposiciones", establece lo siguiente: "—Ingreso base de cotización para trabajadores independientes afiliados y afiliadas al sistema general de seguridad social en salud, SGSSS. Las entidades promotoras de salud, EPS deberán, al momento de la afiliación, aplicar con suma diligencia a los trabajadores independientes los cuestionarios que, con el fin de determinar las bases presuntas mínimas de los aportes que dichos trabajadores deben efectuar al SGSSS, han establecido los órganos de control o aquellos que sean establecidos en el futuro. En todo caso, cuando los ingresos reales del trabajador independiente sean superiores a los que resulten de la aplicación de las presunciones sobre bases mínimas, los aportes de dicho trabajador deberán hacerse con base en los ingresos reales. Para tal efecto, los trabajadores independientes que deseen afiliarse al SGSSS deberán presentar una declaración anual, en la cual informen a la EPS, de manera anticipada, el ingreso base de cotización que se tendrá en cuenta para liquidar sus aportes a partir del mes de febrero de cada año y hasta enero del año siguiente.

Cuando el trabajador independiente no presente su declaración de ingreso base de cotización dentro de los plazos previstos en el presente decreto, se presumirá que el ingreso base de cotización para el periodo será el declarado en el año inmediatamente anterior, aumentado en un porcentaje igual al reajuste del salario mínimo legal vigente. En todo caso, dicho ingreso base de cotización no será inferior a la base mínima legal que corresponda.

(En ningún caso el ingreso base de cotización de los trabajadores independientes podrá ser inferior a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.). (...) " El texto entre paréntesis fue declarado nulo por el Consejo de Estado Sección Segunda, mediante Sentencia 3403 de 2004, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

²²⁷ El artículo 11 del decreto 47 de 2000, "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones" estipula: "Ingreso base de cotización de los trabajadores independientes y personas con capacidad de pago. De conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 1406 de 1999, los trabajadores independientes cotizarán sobre el mayor valor que resulte entre la base que arroje el sistema de presunción de ingresos y su ingreso real.

Se entiende por ingreso real para efectos de fijar la base de cotización al sistema general de seguridad social en salud del trabajador independiente o persona con capacidad de pago, el equivalente al 35% del promedio mensual de los ingresos totales recibidos durante el año anterior o cuando esto no sea posible sobre la suma

por la Superintendencia Nacional de Salud²²⁸, contienen las bases para determinar el valor de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud para los trabajadores independientes, cuyo cálculo se obtiene de promediar el sistema de presunciones y sus ingresos reales, que en ningún caso puede ser inferior a un salario mínimo mensual legal, tal como se exige para los trabajadores dependientes²²⁹.

De la lectura sistemática de las normas antes expuestas que rigen el derecho a la afiliación al sistema de seguridad social, así como de los fundamentos expuestos sobre el particular en la parte considerativa de esta providencia, se concluye lo siguiente: (i) la capacidad de pago de una persona es lo que determina su afiliación a un determinado régimen; (ii) el pago de la cotización en el régimen contributivo constituye una de las principales obligaciones para proceder a la afiliación; (iii) el nivel de ingreso del trabajador independiente sirve para determinar la base mínima de los aportes que dichos trabajadores deben efectuar al SGSSS, condiciones estas que como se explicó, en modo alguno deben obstaculizar el ingreso al mismo, ni constituyen requisitos para el ingreso; (iv) para calcular el monto del aporte que el trabajador independiente debe efectuar, las entidades promotoras deben aplicar el sistema de presunciones contenido en las normas, el cual en todo caso no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual legal; y (v) la E.P.S. no puede negar la afiliación a quien garantice el pago de la cotización.

que éste haya recibido durante la fracción de año correspondiente. Si el ingreso real es inferior al resultado que arroja la presunción de ingresos, se pagará sobre este último valor. (...)"

²²⁸ El artículo 5º de la Resolución 9 de 1999, establece lo siguiente: "Para efectos de la afiliación o recaudos de las cotizaciones de un trabajador independiente, las entidades promotoras de salud deberán tomar como base de cotización: = a) El valor obtenido a través del sistema de presunción de ingresos desarrollado, deduciendo el 50% correspondiente a los costos imputables a la actividad propia de este trabajador, o = b) El ingreso base de cotización al sistema general de pensiones, siempre que corresponda al menos al 70% del valor determinado en el literal anterior. = Cuando la base de cotización así determinada llegare a ser mayor que 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la base a utilizar para la liquidación de las cotizaciones será de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. = (Así mismo, cuando la base de cotización resultare inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el trabajador independiente podrá, si lo desea, cotizar sobre esta base con el fin de ingresar en el régimen contributivo.) Para aquellos que se hubieren afiliado con anterioridad al 20 de abril de 1995 la base de cotización determinada con el sistema de presunción de ingresos establecido no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente. = Cuando el trabajador independiente afiliado al sistema con anterioridad del 20 de abril de 1995, solicite y realice su traslado a otra entidad promotora de salud conservará el beneficio indicado en el Decreto 1070 de 1995. = Los trabajadores independientes podrán voluntariamente efectuar pagos anticipados de las cotizaciones por períodos mensuales completos sin exceder el término de la vigencia de la presunción." El texto entre paréntesis fue declarado nulo por el Consejo de Estado Sección Segunda, mediante Sentencia 3403 de 2004, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

²²⁹ Los apartes correspondientes de las mencionadas disposiciones que establecían que en ningún caso el ingreso base de cotización de los trabajadores independientes podía ser inferior a 2 salarios mínimos, fueron declarados nulos por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia 3403 de agosto 19 de 2004, C.P. Ana Margarita Olaya Forero, por considerarlas violatorias del derecho a la igualdad en tanto que a los trabajadores dependiente en las mismas normas solamente se le exige para la base de cotización un salario mínimo mensual legal.

En el presente caso, contrario a lo afirmado por la entidad accionada y el Juez de instancia, la accionante ha demostrado tener capacidad de pago derivada de los dineros de la liquidación laboral, de la ayuda familiar y de los recursos provenientes de la actividad económica independiente a la cual se ha dedicado durante el corto tiempo que lleva desvinculada del empleo anterior, con los cuales, no solo garantiza el pago de la cotización, sino que además se diferencia de aquellas personas que no cuentan con capacidad de pago y que por tanto deben pertenecer a un régimen distinto. Así entonces, la capacidad económica actual de la accionante, constituye la base sobre la cual la E.P.S. debe determinar el valor del aporte, la cual como ya se dijo, en todo caso, deberá presumirse no inferior a un salario mínimo y no por ello se le podrá impedir el acceso al Sistema de Salud mediante la afiliación.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso para la Sala de Revisión, es clara la inobservancia por parte de la E.P.S. accionada de las disposiciones normativas reseñadas en esta providencia, y por ende la vulneración de los derechos fundamentales de la actora y de su grupo de beneficiarios en especial el de su progenitora gravemente afectada de cáncer, la Corte ordenará a la E.P.S. Comfenalco proceder a la afiliación inmediata al Sistema de Seguridad Social en Salud en su calidad de trabajadora independiente, a la señora Mónica Alexandra Jiménez Gallo, cuya base de cotización deberá establecerse de conformidad con lo aquí expuesto. La E.P.S., garantizara en todo caso la continuidad del servicio de salud requerido para la progenitora de la accionante, a quien se le deberá continuar brindando la atención médica que requiere.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro - Antioquia que negó el amparo solicitado y en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de la señora Mónica Alexandra Jiménez Gallo.

Segundo. Ordenar a la E.P.S. CONFENALCO de Antioquia que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia proceda a efectuar la afiliación inmediata al Sistema de Seguridad Social en Salud en su calidad de trabajadora independiente, a la señora Mónica Alexandra Jiménez Gallo y a su grupo de beneficiarios, cuya base de cotización deberá establecerse de conformidad con lo aquí expuesto. La

E.P.S. garantizará en todo caso la continuidad del servicio de salud para la progenitora de la accionante a quien se le deberá continuar brindando la atención médica que requiere.

Tercero. Por Secretaría General líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

2.21.8. Sentencia T-024/08

M.P. NILSON PINILLA PINILLA

MULTIAFILIACION. Reglas a seguir.

" ...

Tercera. Reglas que se deben seguir para resolver los casos de múltiple afiliación.

El Decreto 806 de 1998 determina los criterios que se deben usar para definir, en los casos de múltiples afiliaciones, cuál de ellas es la que debe mantenerse y cuál es la que debe ser cancelada.

"Artículo 48. AFILIACIONES MÚLTIPLES. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado, ni estar afiliada en más de una Entidad Promotora de Salud, ostentando simultáneamente alguna de las siguientes calidades: cotizante, beneficiario y/o cotizante y beneficiario.

Artículo 49. REPORTE DE AFILIACIÓN MÚLTIPLE. Cuando las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las adaptadas mediante cruce de información o por cualquier otro medio, establezcan que una persona se encuentra afiliada en más de una entidad, deberán cancelar una o varias afiliaciones, dando aplicación a las reglas establecidas para tal efecto en el artículo siguiente, previo aviso al afiliado.

Artículo 50. REGLAS PARA LA CANCELACIÓN DE LA AFILIACIÓN MÚLTIPLE. Para efecto de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas:

- Cuando el afiliado cambie de Entidad Promotora de Salud antes de los términos previstos en el presente Decreto, será válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales. Las demás afiliaciones no serán válidas.*
- Cuando la doble afiliación obedezca a un error no imputable al afiliado, quien solicitó su traslado, dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó.*
- Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado."*

En efecto, en los casos de múltiple afiliación de una persona al régimen contributivo de salud, las EPS implicadas deben dar aplicación a los criterios previstos en el artículo 50 del Decreto 806 de 1998, para determinar cuál de ellas es la que debe continuar garantizando la atención en salud del afiliado, de lo contrario, si no se da aplicación a estos criterios y sin definir cuál EPS continuará prestando los servicios, no pueden unilateralmente dar por terminada la afiliación. Por lo tanto, es necesario que dentro del trámite tendiente a resolver el problema de la múltiple afiliación se garantice el debido proceso, informando a los afectados y permitiendo ejercer su derecho de defensa.

Cuarta. Pérdida de la calidad de afiliado al régimen subsidiado por multifiliación.

Uno de los eventos por los que se puede perder la calidad de afiliado al régimen subsidiado es la multifiliación, situación que genera la exclusión del sistema, tal como lo establece el artículo 28 del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS:

"En los casos en que se detecte afiliación múltiple en el régimen subsidiado bien sea por que una persona se encuentre reportada como afiliada dos o más veces en una misma ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a dos o más ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a los regímenes contributivo y subsidiado, o los regímenes de excepción, las Entidades Territoriales y las Administradoras del Régimen Subsidiado deberán observar los procedimientos establecidos en el presente Acuerdo, aplicando en lo pertinente el Decreto 806 de 1998."

El mismo Acuerdo 244 de 2003 en su artículo 29 numeral 2, regula el procedimiento a seguir cuando se presente la situación de la múltiple afiliación entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado:

"2).- Cuando la entidad territorial detecte múltiples afiliaciones a los regímenes contributivo y subsidiado, sin que haya existido previo aviso del afiliado, durante la ejecución de los contratos de aseguramiento, ordenará la exclusión de los afiliados y afiliadas mediante acto administrativo motivado, expedido por la entidad territorial, contra el cual procederán los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo."

Una vez el acto administrativo quede en firme se notificará a las administradoras de régimen subsidiado la cancelación de la afiliación incluyendo el grupo familiar definido en el presente Acuerdo."

Para garantizar el derecho a la defensa de los desafiliados y afiliadas por causa de la múltiple afiliación, el acto administrativo de exclusión debe ser notificado a los afectados para que, si lo consideran, interpongan los recursos respectivos y puedan debatir las razones aducidas por el ente territorial sobre la legalidad de las causas que originan la exclusión del régimen subsidiado.

Quinta. Los casos sometidos a revisión.

1. Expediente T-1535537.

El señor Ramiro Pachón interpuso acción de tutela, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, afectados por la desvinculación al régimen subsidiado, por presunta multifilación.

Aunque la Unidad Local de Salud de Lérida no fue demandada en este proceso, esta Corte ordenó su vinculación de forma oficiosa, como ha hecho en anteriores ocasiones con entidades y por razones de su misma naturaleza, mediante auto de junio 12 de 2007, para la efectiva protección de los derechos fundamentales del accionante.

El Director Local de Salud de la Alcaldía Municipal de Lérida informó en julio 12 de 2007, que el actor en la actualidad se encuentra afiliado al régimen subsidiado, ya que mediante *"Resolución N° 481 del 01 de Noviembre de 2006 se vinculó al señor Ramiro Pachón, a la ARS Caprecom, teniendo en cuenta lo establecido en el acuerdo 244 del 01 de abril de 2003. Actualmente aparece en la Base de datos del contrato N° 200700100, por lo que goza de los beneficios de la ARS-S" (fs. 21 a 31 cd. inicial).*

Así las cosas, para la Sala de Revisión está claro que la situación del actor en la actualidad se encuentra bien definida y nuevamente está afiliado al régimen subsidiado (ARS Caprecom), desde abril 1° de 2007, cesando de esta forma la vulneración a sus derechos fundamentales.

De este modo, en el presente caso se configura un hecho superado frente al cual la tutela pierde justificación constitucional, por lo que no hay lugar a la emisión de una orden orientada a la protección de los derechos que se estimaban afectados. En efecto, la Corte Constitucional ha establecido:

"4. En forma reiterada, esta Corporación al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, ha señalado que el objetivo del amparo constitucional se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la Ley.

Bajo este contexto, el propósito de la acción de tutela, como lo establece dicho artículo, se limita a que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo

las órdenes que considere pertinentes a quien con sus acciones u omisiones ha amenazado o vulnerado derechos fundamentales con el fin de procurar la defensa actual y cierta de los mismos.

Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el Juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción."²³⁰

Así, debe descartarse de plano cualquier orden en relación con este asunto, por cuanto se concluye que los hechos que originaron la presente acción han sido superados y, de tal manera, se encuentra satisfecha la pretensión invocada en la demanda. Desde este punto de vista, la decisión que hubiera podido proferir esta Sala en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En consecuencia, pero por esta razón, se procederá a confirmar la decisión del Juez de instancia proferida en diciembre 15 de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia, que denegó la tutela pedida por Ramiro Pachón, contra Caprecom ARS y Cafesalud EPS.

2. Expediente T-1536198.

En este caso, Rosa Cándida Suárez Hernández se encontraba afiliada a Solsalud EPS desde agosto de 1999. Su empleador reportó una novedad de traslado a la EPS Saludvida en septiembre de 2005, fecha en que se empezaron a recibir aportes en esta EPS; aunque se le prestaron los servicios de salud requeridos, sólo en octubre 24 de 2006 se le informó que la afiliación de sus beneficiarios (esposo e hijo) había sido anulada, debido a que en mesa de negociación entre las EPS quedaron definidos para Solsalud EPS, según Acta P174200. Luego presentó petición escrita a esta EPS, en octubre 27 de 2006, solicitando le informaran porque no se le permitía el traslado con sus beneficiarios a la EPS Saludvida, pero no le fue resuelta.

Al respecto, es preciso indicar que, de conformidad con el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, el sistema de salud se rige por el principio de libre escogencia, por lo tanto los usuarios del sistema tienen el derecho a elegir libremente la EPS a la que desean afiliarse, permanecer en ella, o requerir su traslado a una distinta una vez se den las condiciones legales para el efecto,²³¹ que están definidas en el Decreto 47 de 2000:

²³⁰ T-521 de 2005 (mayo 19), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²³¹ T-011 de 2004 (enero 16), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

"ARTICULO 16. DERECHO DE TRASLADO EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. Para efecto de las disposiciones de derecho de traslado del usuario, a partir del 1o. de marzo del año 2000, el término para su ejercicio exigirá una permanencia mínima de 18 meses en la misma Entidad Promotora para los nuevos usuarios, o aquellos que tengan derecho de traslado a partir de la fecha mencionada, con los respectivos pagos continuos, sin perjuicio de los derechos de traslado excepcional por falla en el servicio o incumplimiento de normas de solvencia. A partir del año 2002 el plazo previsto en este artículo será de 24 meses."

En este orden de ideas, la accionante se encontraba afiliada a la EPS Solsalud desde agosto de 1999, entonces ya contaba con la antigüedad suficiente para solicitar su traslado a otra EPS, además su empleador Cooptracarmen reportó mediante planilla de autoliquidación en septiembre 6 de 2005 su traslado a Saludvida EPS, hasta que en octubre de 2006 le informaron que la afiliación de su grupo familiar había sido anulada.

La Sala observa entonces, que el traslado de la accionante de Solsalud EPS a Saludvida EPS se llevó a cabo válidamente y de manera regular, tal como lo afirma Saludvida EPS *"SEGÚN INFORMACIÓN DEL ÁREA COMERCIAL DE LA REGIONAL SANTANDER DE SALUDVIDA EN EL MOMENTO DE LA TUTELA LA USUARIA EN MENCIÓN, SE ENCONTRABA AFILIADA A SALUDVIDA EPS DESDE EL DÍA 09/09/2005 Y ACTIVA SUS BENEFICIARIOS TIENEN LA MISMA FECHA DE AFILIACIÓN, PERO ELLOS SE ENCONTRABAN DESAFILIADOS Y AFILIADAS POR AFILIACIÓN ANULADA, DEBIDO A QUE EN MESA DE NEGOCIACIÓN CON SOLSALUD, QUEDARON DEFINIDOS PARA ESA EPS SEGÚN ACTA P174200 DEL DÍA 22/11/2005"*.

En caso de que se hubiera presentado efectivamente una doble afiliación, no advierte la Sala razón válida alguna para que de común acuerdo las entidades demandadas hubieran establecido, *"en mesa de negociación"*, según acta P174200 de noviembre 22 de 2005, y luego mediante acta R4-4222006 de diciembre 2 de 2006 (f. 39 cd. Corte), que Solsalud EPS y no Saludvida EPS continuaría a cargo de la afiliación de los beneficiarios de la señora Rosa Cándida Suárez Hernández, siendo Saludvida la EPS escogida por la accionante para su traslado. Lo anterior por cuanto el artículo 50 del Decreto 806 de 1998 no establece este procedimiento dentro de los criterios que deben seguir las EPS para resolver casos de múltiple afiliación, y porque según esta misma norma, debía prevalecer la última afiliación realizada en debida forma, es decir la efectuada por traslado desde septiembre de 2005 ante Saludvida EPS.

Por tanto esta Sala concederá el amparo solicitado a los derechos a la seguridad social y a la salud de Rosa Cándida Suárez Hernández, su esposo y su hijo, en cuanto al derecho a su libre escogencia de EPS; en consecuencia, ordenará a Saludvida EPS que continúe a cargo de su afiliación al sistema y de esta manera garantice los servicios de salud que ella y también sus beneficiarios requieran (esposo e hijo).

Por las razones expuestas, se procederá a revocar parcialmente la decisión del Juzgado de instancia, para conceder también la tutela que había declarado "*fallida*" en cuanto a los derechos a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social y al debido proceso de la accionante, dejando sin efecto jurídico alguno la decisión en "*mesa de negociación*" entre Solsalud EPS y Saludvida EPS, al fraccionar la afiliación de la accionante y su grupo familiar.

En tal virtud, serán restablecidos los términos y se ordenará a los respectivos representantes legales en Santander, o quienes hagan sus veces, de Solsalud EPS y Saludvida EPS que, si no lo hubieren realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, definan la correspondiente afiliación de la accionante y su grupo familiar, esposo Nilson Plata Santos y menor hijo José Luis Plata Suárez, a la EPS Saludvida que fue la escogida por ella, y que de esta forma se les garantice el debido proceso y se les preste los servicios correspondientes.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS en los asuntos de la referencia, que se había dispuesto para mejor proveer mediante los autos de fecha 12 de junio de 2007.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia proferida en diciembre 15 de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia, que denegó la tutela pedida por Ramiro Pachón, contra Caprecom ARS y Cafesalud EPS (T-1535537), pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida en noviembre 23 de 2006 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga, en la acción de tutela de Rosa Cándida Suárez Hernández (T-1536198); en su lugar, también se tutela, en contra de Solsalud EPS y Saludvida EPS y a favor de Rosa Cándida Suárez Hernández y sus beneficiarios Nilson Plata Santos (esposo) y José Luis Plata Suárez (hijo menor de edad), sus derechos a la salud, la seguridad social y el debido proceso.

ORDENAR a los respectivos representantes legales en Santander, o quienes hagan sus veces, de Solsalud EPS y Saludvida EPS que, si no lo hubieren realizado, en el término de

cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, definan la correspondiente afiliación de la señora Rosa Cándida Suárez Hernández y su grupo familiar a Saludvida EPS, que fue la escogida por ella, garantizando el debido proceso, y que de esta forma se le presten los servicios médicos que requieran ella y su grupo familiar.

Cuarto: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Ap

Actividades pedagógicas

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor realice las siguientes cuestiones:

1. ¿Cuáles son las diferencias entre la afiliación en el régimen contributivo y el subsidiado?
2. ¿Estima que el Estado cumple cabalmente con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, al establecer el régimen contributivo y el subsidiado? Explique su respuesta
3. Con relación al tiempo de carencia o semanas mínimas de cotización para acceder a los servicios de salud, cuando se presenta una enfermedad de alto costo o ruinosa, ¿cómo se debe proceder?

Ae

Autoevaluación

Por favor desarrolle los siguientes casos, con base en las preguntas que se presentan a continuación

2.20. CASOS

1. El Señor PATRICIO ROLDAN, de 72 años de edad, afiliado a la EPS del Régimen Subsidiado LA SALUD DE TODOS, se encontraba residenciado en la ciudad de Garzón

(Huila). A finales del año 2005 sufre una enfermedad (trombosis), la cual no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, y su familia decide trasladarlo a la ciudad de Bogotá.

El traslado de residencia del *señor PATRICIO ROLDAN* obedeció a las secuelas de la trombosis (Pérdida de la movilidad y sensibilidad en la mitad del cuerpo), la edad avanzada y la dependencia para la realización de sus actividades de la vida diaria.

La ciudad de Garzón Huila, cuenta con una Institución de Salud de bajo nivel de complejidad, quien atendió inicialmente la enfermedad del *Señor PATRICIO ROLDAN*; posteriormente se hizo necesario el traslado a una Institución de mayor complejidad de la ciudad de Neiva. Las atenciones en salud fueron brindadas por las entidades de Salud de la Red Pública del Departamento.

Una vez residenciado en Bogotá, acudió ante la *EPS del Régimen Subsidiado* a la cual se encuentra afiliado a efecto de solicitar una cita médica y la terapia requerida para el tratamiento de su enfermedad. La *EPS* argumentó que el *Señor PATRICIO ROLDAN* era residente del Municipio de Garzón por lo tanto sólo estaba obligada a prestar la atención médico, asistencial, quirúrgica y hospitalaria en el departamento del Huila, motivo por el cual se hacía necesario regresarlo a su antiguo lugar de residencia.

Acude también en la ciudad de Bogotá a diferentes instituciones oficiales, y le informan que para tener derecho a la prestación del servicio de salud en la ciudad, debe ser censado por el SISBEN, y para ello tiene que residenciarse por lo menos tres (3) meses en la ciudad.

La familia del *Señor PATRICIO ROLDAN* afirma que ellos, ni su padre cuentan con recursos económicos para costear servicios médicos particulares

1. ¿Qué derechos fundamentales se le están violando al Señor *PATRICIO ROLDAN*?
2. ¿Qué entidad está violando los derechos fundamentales del Señor *PATRICIO ROLDAN*?
3. ¿Si la familia quisiera interponer una acción de tutela, contra quién lo harían?
4. ¿Qué entidad en la ciudad de Bogotá debe asumir la atención inmediata requerida por el Señor *PATRICIO ROLDAN*?
5. ¿Debe someterse el Sr. *PATRICIO ROLDAN* a un proceso administrativo a fin de realizar una afiliación al SGSSS? Explique su respuesta.
6. ¿Es necesario verificar las condiciones económicas del Señor *PATRICIO ROLDAN* a fin de establecer si el afiliado sigue reuniendo los requisitos para tener derecho al disfrute del subsidio en salud respectivo? Explique su respuesta.
7. ¿Qué proceso debe adelantar la familia del Señor *PATRICIO ROLDAN* ante la Secretaría de salud de Bogotá?
8. ¿Qué pasaría si esta misma situación le sucede a una persona de 22 años?

2. La Señora *MARDELUZ ROLDAN* se afilia a *SALUD BUENA VIDA MEDICINA PREPAGADA* el 1° de diciembre de 1987. El 20 de noviembre de 1992 se retiró pero reactivó su afiliación a partir del 1° de diciembre de 1993. Hasta el 20 de diciembre de 2000 estuvo vinculado en calidad de contratista y a partir de esa fecha en calidad de beneficiaria de su hijo *SANTIAGO COLOMBI*.

En el año 2000 a la Señora *MARDELUZ ROLDAN* le diagnosticaron múltiples tumores cancerosos en virtud de los cuales fue sometida, por *SALUD BUENA VIDA MEDICINA PREPAGADA* a una intervención quirúrgica y posteriormente ordenaron quimioterapias.

El 1° de noviembre de 2001 SALUD BUENA VIDA *MEDICINA PREPAGADA* le informó al hijo de la Señora MARDELUZ ROLDAN que, debía afiliarse al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud a más tardar dentro de los 30 días siguientes. Antes del vencimiento de ese plazo, aquél presentó la documentación necesaria para afiliarse, con su grupo familiar, a SALUD BUENA VIDA EPS.

El 3 de enero de 2002 SALUD BUENA VIDA *MEDICINA PREPAGADA* le negó a la señora MARDELUZ ROLDAN las quimioterapias que se hallaban pendientes. El 22 de enero de 2002 aquella le informó al contratante que su contrato no había sido renovado automáticamente ante el incumplimiento de su obligación de afiliarse al POS. La afiliación del actor fue rechazada inicialmente, por cuanto se trataba de un empresario que debía afiliarse como trabajador independiente y no como beneficiario. Posteriormente la afiliación se hizo efectiva y la señora acudió a SALUD BUENA VIDA EPS a fin de solicitar la continuación del tratamiento y ésta contestó que por no contar con las semanas mínimas de cotización para estos casos no podía acceder a la petición.

- a- ¿SALUD BUENA VIDA *MEDICINA PREPAGADA* vulneró los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la Señora MARDELUZ ROLDAN al no renovar el contrato de medicina prepagada suscrito con su hijo SANTIAGO COLOMBI y al negarle la continuación de las quimioterapias que se le venían practicando?
- b- ¿Qué procedimiento debió llevar a cabo SALUD BUENA VIDA *MEDICINA PREPAGADA* con anterioridad al caso sucedido?
- c- Se plantea el mismo caso con una persona de cuarenta años a quién le fuera diagnosticada una artritis reumatoidea. ¿Cuál sería la respuesta?

3. El *Señor ANGUSTIAS TORRES*, se traslada de la *EPS BUEN AMANECER EN LIQUIDACION* a la *EPS SATISFACCION TOTAL* del régimen contributivo. Radica el formulario de afiliación a la *EPS YYY* el día 1 de junio de 2008.

El señor *ANGUSTIAS TORRES* sufre de cáncer y el día 7 de julio solicita a la *EPS SATISFACCION TOTAL* le autorice los exámenes medicamentos y tratamiento solicitado por el Médico *JUANITO SABIO*. La *EPS SATISFACCION TOTAL* responde negativamente bajo el argumento que la afiliación del *Señor ANGUSTIAS TORRES* se hará efectiva hasta el día 1 de agosto de 2008, fecha en la cual procederá a autorizar lo solicitado, de acuerdo a lo establecido en la Ley.

- a- ¿Qué derechos se vulneran en este caso?
- b- ¿Quién debe asumir la prestación de servicios de salud del Señor *ANGUSTIAS TORRES* solicitados? Explique su respuesta.

4. La *Señora REYNALDA APOCALIPSIS* manifiesta que es miembro de la Cooperativa de Trabajo Asociado *MANANTIAL* y que desde el 14 de julio de 2004 se encuentra afiliada a la *EPS PARA TI TODO EN SALUD* encontrándose al día en las cotizaciones por concepto de seguridad social en salud.

La *Señora REYNALDA APOCALIPSIS* debido a múltiples problemas de salud que se relacionan con la artritis que padece, ha tenido que recurrir a los servicios médicos prestados por la *EPS PARA TI TODO EN SALUD* quién después de hacérsele los respectivos diagnósticos, la ha incapacitado en distintas oportunidades, así:

- 14 de abril de 2005, le diagnosticaron Gonartrosis no específica (dolor en articulación), se le dio una incapacidad por dos días.

- El 21 de abril de 2005 le diagnosticaron otitis externa, la incapacidad fue de tres días.
- El 23 de mayo de 2005, el problema se relacionó con infecciones intestinales, se le incapacitó por dos días.
- El 19 de julio de 2005 por su afección le fue diagnosticado "Artritis especificadas", le dieron cuatro días de incapacidad.
- El 5 de agosto de 2005, le determinaron que padecía de osteo artrosis primaria generalizada, se le incapacitó veinte días.
- El 30 de agosto de 2005, por el anterior padecimiento la incapacidad fue por treinta días.
- El 29 de septiembre, por el mismo padecimiento le extendieron la incapacidad por otros 30 días.
- El 29 de octubre de 2005, por trastornos de meniscos y práctica de cirugía continuó incapacitada por treinta días.
- Finalmente, el veintiocho de noviembre de 2005, fue incapacitada por otros treinta días.

La incapacidad total asciende a la suma de 151 días, de los cuales 144 se relacionan con incapacidades superiores a tres días que no fueron reconocidos económicamente por la *EPS EPS PARA TI TODO EN SALUD*.

La *EPS EPS PARA TI TODO EN SALUD* sostiene como argumento para no cancelar las incapacidades aludidas, que la Empresa de Trabajo Asociado, realizó los pagos destinados a salud unos días después de los establecidos para tal fin.

a- ¿Qué derechos se le vulneran a la *señora REYNALDA APOCALIPSIS*?

b- ¿Debe cancelar la *EPSPARA TI TODO EN SALUD* las incapacidades solicitadas por la *Señora REYNALDA APOCALIPSIS*? Explique su respuesta.

5. FERMIN SOPORTE afiliado como cotizante a la HOLA SALUD EPS, sufre quebranto de salud y acude para ser atendido, y en efecto lo asiste el médico de la respectiva entidad, quien lo examina y le indica que la patología no es de especial cuidado y le formula como tratamiento con aspirinas. FERMIN SOPORTE regresa a su casa y horas más tarde sufre un paro cardíaco que lo obliga a acudir de urgencia a otro centro asistencial en donde lo someten inmediatamente a un delicado procedimiento indispensable para salvarle la vida, sin embargo posteriormente fallece.

La familia de FERMIN SOPORTE tuvo que cancelar al centro asistencial que lo atendió de urgencias la suma de \$ 50.000.000.

¿Debe la familia presentar alguna reclamación para la devolución del dinero? En caso de contestar afirmativamente ante quien.



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Unidad 3

BENEFICIOS

O	Objetivo general Determinar los beneficios de los afiliados y afiliadas del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
Oe	Objetivos específicos • Identificar los diferentes Planes de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. • Identificar los beneficios económicos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. • Examinar los beneficios adicionales del Sistema General de Seguridad Social en Salud. • Reflexionar sobre la garantía de los derechos fundamentales del Sistema General de Seguridad Social en Salud

3. 1. BENEFICIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL

Los beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, a los habitantes del territorio nacional, han sido ampliamente desarrollados en cumplimiento de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, a través de los cuales el "Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados y afiliadas como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad". **Ley 100 de 1993** en sus artículos 162, 165, 166, 167 y 168 define los diferentes tipos de planes del sistema general de seguridad social en salud.

Los beneficios que otorga el régimen contributivo son: asistenciales y económicas. En el régimen subsidiado solo comprende los beneficios asistenciales.

3.2. BENEFICIOS ASISTENCIALES

El **Decreto 806 de 1998** puntualiza los diferentes tipos de planes por medio de los cuales el estado garantizará el conjunto de beneficios, con el propósito de proteger el derecho a la salud. Estos son:

3.2.1. Plan de Atención Básica, con la reforma introducida por el literal h) del artículo 33 de la **Ley 1122 de 2007**, será reemplazado por el Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas.

El artículo 165 de la **Ley 100 de 1993** define la atención básica como: "... aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria".

Los contenidos de este Plan fueron definidos por el Ministerio de Salud en desarrollo del artículo 49 de la Constitución Política, con carácter obligatorio y gratuito, para todos los habitantes del territorio nacional, y prestado directamente por el Estado y sus entidades territoriales o por particulares a través de contratos con el Estado.

Al Gobierno Nacional le corresponde de conformidad con el artículo 33 de la **Ley 1122 de 2007**, definir cada cuatro años el Plan Nacional de Salud Pública.

En atención al mandato anterior y demás normas constitucionales el Gobierno Nacional mediante el **Decreto 3039 de 2007**, adoptó el Plan Nacional de Salud Pública para el cuatrienio 2007-2010, el cual tiene como propósitos:

- Mejorar el estado de salud de la población Colombiana.
- Evitar la progresión y los desenlaces adversos de la enfermedad.
- Enfrentar los retos del envejecimiento poblacional y la transición demográfica.
- Disminuir las inequidades en salud de la población Colombiana.

El Plan Nacional de Salud Pública incluye: Las prioridades, objetivos, metas y estrategias en salud, en coherencia con los indicadores de situación de salud, las políticas de salud nacionales, los tratados y convenios internacionales suscritos por el país y las políticas sociales transversales de otros sectores; define las responsabilidades en salud pública a cargo de la Nación, de las entidades territoriales, y de todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que se complementarán con las acciones de los actores de otros sectores definidas en el Plan Nacional de Desarrollo y en los Planes de Desarrollo Territorial.

3.2.2. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS.

El artículo 7 del **Decreto 806 de 1998** en concordancia con la Ley 100 de 1993, define el POS como “ el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados y afiliadas las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Sus contenidos son definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud e incluye educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

A través de este plan integral de servicios, se debe responder a todos los problemas de salud conforme al manual de intervenciones, actividades (MAPIPOS RESOLUCION

5261/94), y procedimientos y el listado de medicamentos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Las anteriores funciones del Consejo Nacional de Seguridad social en Salud, le corresponde hoy desarrollarlas a la Comisión Reguladora en Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud y las Adaptadas podrán incluir el tratamiento con medicinas alternativas autorizadas para su ejercicio en Colombia, de conformidad con su eficacia y seguridad comprobada.

Para la inclusión de actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos en el Plan Obligatorio de Salud, se tendrá en cuenta los criterios de costo-efectividad, orientado a la solución de las enfermedades de acuerdo con el perfil de morbilidad y con las condiciones de tecnología existentes en el país. Así mismo tales actividades, intervenciones, procedimientos médicos, medicamentos y procedimientos diagnósticos y terapéuticos incluidos deberán estar aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud; y deberán cumplir con los criterios de eficacia comprobada para resolver o mejorar las condiciones generadas por la enfermedad y de seguridad, para evitar o reducir el riesgo a los pacientes, a su familia, al personal de la salud y a la comunidad en general. Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

El Plan obligatorio de Salud POS tal como lo reglamenta el **Decreto 806 de 1998** en su artículo 10, tiene algunas exclusiones y limitaciones, las cuales en general serán aquellas definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y las cuales no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos.

“Para acceder a cualquiera de los niveles de complejidad del plan obligatorio de salud, se consideran como indispensables y de tránsito obligatorio las actividades y procedimientos de consulta de medicina general y/o paramédica del primer nivel de atención. Para el tránsito entre niveles de complejidad es requisito indispensable el procedimiento de remisión. Se exceptúan de lo anterior solamente las atenciones de urgencia y pediatría. Cuando la persona ha sido diagnosticada y requiera periódicamente de servicios especializados podrá acceder directamente al especialista sin hacer el tránsito por medicina general”

3.2.3. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POSS.

Está definido por el **Decreto 806 de 1998** como “el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Subsidiado y que están obligadas a garantizar las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y las Cajas de Compensación Familiar debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del Régimen Subsidiado”

El contenido del Plan Subsidiado será definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

A través del **Acuerdo 306 de 2005**, el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud, define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

3.2.4. Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud derivada de accidentes de tránsito con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al Fosyga según sea el caso, según lo establecido en el artículo 15 del **Decreto 806 de 1998**.

El **Decreto 3990 de 2007**, por el cual se reglamenta la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes del Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, en su artículo 2, establece beneficios en materia asistencial, para las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito ocurridos dentro del territorio nacional. Igualmente gozarán de estos derechos las víctimas de eventos terroristas y catastróficos, consistentes en:

Servicios médico-quirúrgicos. En el caso de accidentes de tránsito la compañía de seguros y la subcuenta ECAT de Fosyga, en los casos de vehículos no asegurados o no identificados, reconocerán una indemnización máxima de quinientos (500) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del accidente. En caso de víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, una vez agotado el límite de cobertura anterior, la subcuenta ECAT del Fosyga asumirá, por una sola vez, una reclamación adicional, previa acreditación del agotamiento de la cobertura inicial, por los excedentes de los gastos anotados, hasta por un valor máximo equivalente a trescientos

(300) salarios mínimos diarios legales vigentes en el momento del accidente, previa presentación de la correspondiente reclamación.

Tratándose de víctimas de eventos terroristas o catástrofes naturales, el valor de la indemnización será hasta por ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del evento. Sin embargo, la entidad administradora del Fosyga está en la obligación de contratar un seguro para garantizar una cobertura superior a la anotada en el inciso anterior a las víctimas que requieran asistencia por encima de dicho tope, o constituir una reserva especial para cubrir estas eventualidades.

Tales servicios comprenden:

- a) Atención inicial de urgencias y atención de urgencias;
- b) Hospitalización;
- c) Suministro de material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis;
- d) Suministro de medicamentos;
- e) Tratamientos y procedimientos quirúrgicos;
- f) Servicios de diagnóstico;
- g) Rehabilitación, por una duración máxima de seis (6) meses, salvo lo previsto en el presente decreto respecto del suministro de prótesis.

Las cuentas de atención de los servicios médico-quirúrgicos en el caso de los accidentes de tránsito, que excedan el tope adicional de trescientos (300) salarios mínimos diarios vigentes, serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo o del régimen subsidiado en los términos de su respectivo plan de beneficios a la cual está afiliada la persona o por las Administradoras de Riesgos Profesionales cuando se trate de accidentes de tránsito, calificados como accidentes de trabajo.

Cuando se trate de la población pobre, no cubierta con subsidios a la demanda, una vez superados los topes, tendrá derecho a la atención en salud en instituciones prestadoras de servicios públicas o privadas que tengan contrato con la entidad territorial para la prestación de los servicios de salud para esta población. En este caso, el usuario deberá cancelar la cuota de recuperación de conformidad con las normas vigentes.

Si la víctima cuenta con un Plan Adicional de Salud, podrá elegir libremente ser atendido con cargo a dicho plan o a la póliza SOAT o a la Subcuenta ECAT del Fosyga, según corresponda. En caso de que escoja el pago con cargo al contrato de medicina prepagada, al contrato de seguro de salud o al plan complementario de salud, ni la víctima, ni la entidad que hubiere prestado los servicios u otorgado la cobertura podrá repetir contra la Subcuenta ECAT por el monto de los servicios prestados, salvo en aquellos servicios que se requieran y que no cubran los planes voluntarios.

La misma normatividad determina que incapacidades temporales que se generen como consecuencia de un accidente de tránsito serán cubiertas por la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo a la que estuviere afiliada la víctima, si el accidente fuere de origen común, o por la Administradora de Riesgos Profesionales, si este fuere calificado como accidente de trabajo, cuando a ello hubiere lugar.

3.2.5. Atención inicial de urgencias

El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. El costo de los servicios será asumido por la EPS del régimen contributivo o Subsidiado a la cual se encuentre afiliada la persona o con cargo al Fosyga en los eventos correspondientes. El costo de la atención de la

Población Pobre y vulnerable no cubierta con subsidio a la demanda, será asumido por las entidades territoriales correspondientes.

El artículo 12 del **Decreto 783 de 2000** define la atención inicial de urgencias como todas aquellas acciones realizadas a una persona con patología de urgencia, hasta que se estabilice y se defina su destino inmediato. Las acciones a que se refiere son las siguientes:

“a) Las actividades, procedimientos e intervenciones necesarios para la estabilización se sus signos vitales;

b) La realización de un diagnóstico de impresión;

c) La definición del destino inmediato de la persona con la patología de urgencias tomado como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencias, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud;

Las autoridades de inspección y vigilancia velarán por el estricto cumplimiento de esta disposición”.

3.2.6 CUADRO RESUMEN PLANES DE BENEFICIOS

El Sistema de Seguridad Social en Salud, otorga a sus afiliados un conjunto de derechos y garantías prestacionales y asistenciales, conformados por los siguientes planes de beneficios:

TIPO DE PLAN	TIPO DE BENEFICIARIOS DEL PLAN	RESPONSABLE
ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS	El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, la atención inicial de urgencias. POBLACION NO AFILIADA	El costo de los servicios debe ser asumido por la EPS o ARS (EPS'S) a la cual se encuentre afiliada la persona, o con cargo al Fosyga en eventos de accidentes de tránsito, terroristas o catastróficos. ENTES TERRITORIALES
PAB HOY PLAN DE SALUD PUBLICO SE INTERVENCIONES COLECTIVAS	Es obligatorio y gratuito, y está dirigido a todos los habitantes del territorio nacional. Incluye actividades de información pública, educación y fomento de la salud entre otras.	Es prestado directamente por el Estado y sus entidades territoriales, o por particulares mediante contrato con el Estado.
POS	Es el conjunto básico de servicios de prestaciones asistenciales y económicas a que tienen derecho los afiliados al régimen contributivo.	El POS es prestado por las EPS, y las entidades adaptadas del Sistema –EAS-
POSS	Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tienen derecho, los afiliados al régimen subsidiado.	Está en cabeza de la ARS (EPS'S) que pueden ser tanto las Empresas Solidarias de Salud, las Cajas de Compensación Familiar, debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del régimen subsidiado, y las EPS.
ECAT	Es una de las subcuentas del FOSYGA que tiene como objetivo garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos.	Los servicios requeridos y no cubiertos por el SOAT, o el FOSYGA en materia de accidentes de tránsito, corren a cargo de la EPS o ARS según el caso, siempre y cuando estos servicios se encuentren incluidos en el POS, o POSS.

3.3. BENEFICIOS ADICIONALES

El Sistema General de Seguridad Social en Salud permite prestar algunos beneficios adicionales al conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados y afiliadas como servicio público esencial en salud, que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad. Estos beneficios se denominan Planes Adicionales de Salud (PAS), los cuales el **Decreto 806 de 1998** en su artículo 18, define como "aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias. El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan. Los PAS son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares.

Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras.

PLANES DE ATENCION COMPLEMENTARIOS EN SALUD PAS

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los denominados PLANES DE ATENCION COMPLEMENTARIOS EN SALUD PAS, los cuales podrán ser:

Planes de atención complementaria en salud.

Planes de medicina prepagada, que se registrarán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Pólizas de salud que se registrarán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

3.4. BENEFICIOS ECONOMICOS:

3.4.1. Incapacidades

El Régimen contributivo ofrece como prestaciones económicas al afiliado cotizante, el pago de incapacidades laborales por enfermedad y de licencia de maternidad.

El régimen contributivo reconoce subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente que no tenga origen laboral.

"El régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general de conformidad con las disposiciones legales vigentes" Disposición contemplada originalmente en la **Ley 100 de 1993** (art. 206). Así mismo establece que se reconoce un subsidio en dinero equivalente a las 2/3 partes del ingreso base de cotización, por el término de 180 días, prorrogables; el subsidio se concede desde el cuarto día de incapacidad, salvo los casos de hospitalización, en los cuales se paga desde el primer día.

El artículo 3 del Decreto 47 de 2000 establecía los períodos mínimos de cotización para el acceso a las prestaciones económicas. Sin embargo fue anulado por el consejo de Estado y modificado por el **Decreto 783 de 2000**, el cual establece en el artículo 9 que para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los

trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. Este mismo articulado en su párrafo contempla que “no habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud”

- El numeral 1 del artículo 2 del **Decreto 1013 de 1998**, establece que cuando se trata de un afiliado que es trabajador dependiente, el empleador debe cancelar al trabajador el valor de la incapacidad, pero el empleador tiene derecho a descontarla de sus aportes, de modo que es el sistema el que reconoce el valor de las incapacidades.

- Para tener derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad, el artículo 21 del **Decreto 1804 de 1999**, exige que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se cumplan las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud; y, cuatro de los seis meses anteriores, deben haberse efectuado oportunamente (es decir, sin mora).

2. No tener deudas pendientes por reembolsos. Se determina que estarán a cargo del empleador el valor de las licencias por enfermedad general, cuando no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o cuando dicho empleador incurre en mora en el pago de las cotizaciones durante la licencia. También el independiente pierde el derecho al pago de la licencia, si no paga oportunamente las cotizaciones que se causen en ese período.

3. Haber suministrado información veraz en los documentos de afiliación o autoliquidación.
4. Haber cumplido con las reglas sobre períodos mínimos de permanencia en la EPS.

De acuerdo con lo expuesto antes, se advierte que según el parágrafo 1 del artículo 40 del **Decreto 1406 de 1999**, establece: "Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general....."

3.4.2. LICENCIA POR MATERNIDAD

El régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, del acsu subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación UPC. (**Ley 100 de 1993** artículo 207)

En la **Ley 50 de 1990** se consignan las algunas reglas sobre el tema:

- Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.
- Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.
- La trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar su estado de embarazo.

- Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Igualmente la **Ley 50 de 1990**, determina que la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de este la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio. Con la expedición de la **Ley 755 de 2002**, dispuso que la trabajadora tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto. Estos beneficios son extensivos al trabajador del sector público.

El empleador tiene el deber de conceder la licencia remunerada de paternidad, la cual se establece a favor del esposo o compañero. Esta remuneración corresponde en principio, al sistema de seguridad social.

Cuando ambos padres cotizan al sistema, la licencia de paternidad es de ocho días; mientras que cuando solamente el padre es quién lo hace, la licencia será de cuatro días.

La **Ley 812 de 2003**, Plan nacional de Desarrollo, dispuso que la licencia de paternidad, será reconocido por la EPS y recobrada a la cuenta de compensación del FOSYGA.

- El artículo 2 numeral 1 del **Decreto 1013 de 1998** contempla que cuando se trata de un afiliado que es trabajador dependiente, el empleador debe cancelar al trabajador el valor

de la incapacidad, pero el empleador tiene derecho a descontarla de sus aportes, de modo que es el sistema el que reconoce el valor de las incapacidades.

- Para tener derecho a solicitar el reembolso o pago de la licencia de maternidad, el artículo 21 del **Decreto 1804 de 1999** determina que se requiere que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se cumplan las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud; y, cuatro de los seis meses anteriores, deben haberse efectuado oportunamente (es decir, sin mora).
2. No tener deudas pendientes por reembolsos. Se determina que estarán a cargo del empleador el valor de las licencias por enfermedad general, cuando no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o cuando dicho empleador incurre en mora en el pago de las cotizaciones durante la licencia. También el independiente pierde el derecho al pago de la licencia, si no paga oportunamente las cotizaciones que se causen en ese período.
3. Haber suministrado información veraz en los documentos de afiliación o autoliquidación.
4. Haber cumplido con las reglas sobre períodos mínimos de permanencia en la EPS.

3.4.3. LICENCIA DE PATERNIDAD.

Fue establecida por la **ley 755 de 2002**, la cual señaló que (...) *El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. (...).*



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Por sentencia de la Corte Constitucional C-174 de 2009, declaro inexecutable la primera parte, para establecer que siempre tendrá el padre derecho a ocho días.

3.4.4. CUADRO RESUMEN DERECHO LICENCIA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

	LICENCIA DE MATERNIDAD	LICENCIA DE PATERNIDAD
Requisitos:	1) Ser afiliada cotizante (sector público o privado).	1) Ser afiliado cotizante (sector público o privado).
	2) Haber cotizado en forma ininterrumpida durante todo su período de gestación en curso (Este requisito es personal para cada mujer, puede variar entre 26 y hasta 40 semanas, según el período de gestación).	2) Tener cotizadas 100 semanas al sistema, previas al reconocimiento de la licencia.
	3) Dar a luz una criatura viva. 4) Adopción	3) Acreditar el registro civil de nacimiento. 4) Acto administrativo
Duración.	12 semanas (84 días calendario)	8 días hábiles, si ambos padres cotizan al Sistema y 8 días si solo el padre cotiza.(S-C-174 de 2009)
Ingreso Base de liquidación –IBL-	100% del Salario devengado al momento de la licencia.	100% del Salario devengado al momento de la licencia.
Término de la acción para reclamar el pago.	3 años	3 años

3.5. CANCELACION COSTO DE PROCEDIMIENTOS O MEDICAMENTOS ORDENADOS MEDIANTE TUTELA

REGIMEN CONTRIBUTIVO

Los afiliados y afiliadas al régimen contributivo reciben un plan integral de protección denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), el cual como se mencionó anteriormente “es un conjunto básico de servicios de atención en salud a que tienen derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados a las EPS y las entidades adaptadas” (artículo 7 **Decreto 806 de 1998**).

Así mismo los usuarios del régimen contributivo tienen derecho a disfrutar de los medicamentos consignados en los manuales autorizados por el CNSSS, hoy por la CRES

Las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos no incluidos en el POS las EPS del Régimen contributivo las pueden ordenar o negar. Las decisiones se someten a discusión por parte de los Comités Técnico Científicos, (**Resolución 2933 de 2006**), los cuales en aplicación a la normatividad pueden optar por autorizar o negar. Cuando son autorizados, las EPS pueden recobrar al FOSYGA.

Cuando son negados, los usuarios usualmente acuden a la acción de tutela para su autorización. Los jueces generalmente autorizan a las EPS del régimen contributivo a practicarlos, y adicionalmente las posibilitan en cumplimiento a la normatividad a realizar el respectivo recobro al FOSYGA.

*"Una vez autorizado por parte del Comité Técnico-Científico el medicamento no incluido en el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS o las normas que lo adicionen o modifiquen, la EPS, EOC o ARS deberá garantizar el suministro del medicamento al usuario y tendrá la posibilidad de solicitar el recobro correspondiente ante el Fosyga, de conformidad con lo establecido en la presente resolución" artículo 8 inciso d, **Resolución 2933 de 2006***

Cuando las EPS deben autorizar actividades, procedimientos, intervenciones o medicamentos, ordenados por tutela, el FOSYGA, solamente reconoce el 50% del costo.

REGIMEN SUBSIDIADO

Los usuarios del Régimen Subsidiado gozan de un plan de beneficios denominado Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSs, el cual se encuentra consignado en el **Acuerdo 306 de 2005**. Las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que sean ordenados a los usuarios y que se encuentren por fuera del POS subsidiado, pero incluidos en el POS (**Resolución 5261 de 1994**) deben ser asumidas por las Direcciones Territoriales de Salud de cada Departamento, los cuales reciben los recursos del Sistema general de participaciones para éste fin.

Existen procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos no incluidos en el POS ni en el POS Subsidiado, los cuales son negados por las EPS del Régimen Subsidiado y por las direcciones territoriales de Salud. Los usuarios acuden a la acción de tutela para su autorización. Estos deben ser asumidos por las direcciones territoriales (no pueden realizar recobro al FOSYGA); o por las EPS del régimen subsidiado (sí pueden realizar el recobro al FOSYGA)

El régimen Subsidiado otorga unos subsidios parciales a las personas pertenecientes al nivel III del SISBEN, y a quienes les cubre una parte de los servicios del POS subsidiado. Los servicios no incluidos dentro de este beneficio deben ser suministrados con los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud u otros destinados a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, para lo cual se consideran, como hasta la fecha, vinculados. Parágrafo artículo 8 **Acuerdo 306 de 2005**.

La atención de la Población pobre no cubierta con subsidio a la demanda (vinculados), debe ser asumida en su totalidad por las direcciones territoriales, a través de las Empresas Sociales del Estado.

Como consecuencia de lo anterior señalamos las siguientes situaciones

- Actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos NO POS del régimen contributivo: EPS con recobro al FOSYGA.
- Actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos NO POS del régimen contributivo a través de acción de tutela: EPS con recobro al FOSYGA quién pagará el 50%
- Actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos NO POS del Subsidiado, pero incluidos en el POS (**Resolución 5261 de 1994**): Direcciones Territoriales de salud
- Actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos NO POS del Subsidiado, y tampoco incluidos en el POS (**Resolución 5261 de 1994**): Direcciones Territoriales de salud (Sin recobro a FOSYGA) y EPS del Régimen Subsidiado (Con recobro a FOSYGA)
- Actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos NO POS para subsidios parciales: Direcciones Territoriales de salud (Sin recobro a FOSYGA)

- Actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos NO POS del Subsidio parcial, y tampoco incluidos en el POS (**Resolución 5261 de 1994**): Direcciones Territoriales de salud (Sin recobro a FOSYGA) y EPS del Régimen Subsidiado (Con recobro a FOSYGA)
- Actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos para población pobre y vulnerable (vinculados) POS y no POS): Direcciones Territoriales de salud (Sin recobro a FOSYGA).

Jurisprudencia

J

La consulta de la jurisprudencia seleccionada permite tener una mejor comprensión de los temas tratados en la unidad y proporciona elementos adicionales tanto para la realización de las actividades pedagógicas como para la autoevaluación.

3.6.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL.

Radicación: 24572 25/10/2005

M.P. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN - Se aplican las normas vigentes al momento en que se estructuró la Invalidez. Sin embargo, debe examinarse la situación en particular para determinar si con el anterior régimen hubiese tenido derecho a la pensión de invalidez. Se aplica principio de la condición más beneficiosa - Acuerdo 049 de 1990.

"... En los cargos no se discute que el demandante cotizó 725 semanas con anterioridad al 21 de junio de 1996, fecha de estructuración de su estado de invalidez, y que no sufragó 26 semanas en el año inmediatamente anterior a esa declaración.

Conviene precisar que el Tribunal, para confirmar la absolución impartida por el a quo respecto de la pensión de invalidez a cargo del Instituto de Seguros Sociales y en favor del señor Héctor Darío Quintero Rojas, acogió algunos pronunciamientos de esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos el del 27 de febrero de 2003, que transcribió, por

considerar que el actor no tiene las 26 semanas de cotizaciones en último año anterior a la estructuración de su estado de invalidez, como lo exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Pero acontece que el criterio de ese pronunciamiento mayoritario de la Corporación sobre el tema de la pensión de invalidez cuando no se reúnen 26 semanas cotizadas durante el último año inmediatamente anterior a la estructuración de ese estado de incapacidad laboral, pero se ha acreditado un número de semanas superior a las exigidas en la normatividad anterior, ha sido rectificado recientemente por la mayoría de la Sala de Casación Laboral en proveído del 5 de julio de 2005, radicación 24280.

El actual criterio mayoritario reafirma que pese a no existir un régimen de transición respecto de la pensión de invalidez resulta inadmisibles aceptar que el asegurado que ha sufragado un abundante número de semanas, como el demandante, quede privado de la prestación por no haber cotizado las 26 semanas requeridas en el nuevo régimen, puesto que dentro del antiguo tenía consolidado el amparo, que no puede ser desconocido.

La tesis ahora mayoritaria es la siguiente:

"...la seguridad social, como lo advierte la acusación, tiene su sustento en el artículo 48 de la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, como derecho inherente al ser humano y, por consiguiente, con la garantía para éste de protección y amparo frente a las posibles contingencias que puedan afectarlo junto con su núcleo familiar, derivadas de la prestación de un servicio, de la ejecución de una relación laboral del trabajo independiente o sencillamente del amparo previsto para quienes se aplica el régimen subsidiado, entre otros. De allí, la efectiva acción del legislador, para procurar la realización de los fines del régimen de la seguridad social y para cubrir aquellas contingencias, como la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte.

"Y entendido el derecho a la seguridad social, dentro de esa especial categoría, sobre los principios que lo inspiran, vale decir, la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, es indudable que no podría truncársele a una persona el derecho a pensionarse, como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él, bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva Ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o se halle desafiliado. Desde luego que no se desconoce el efecto general inmediato de las normas laborales, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 16 del C. S. del T. Lo que ocurre es que en eventos como el analizado, se debe tener en

cuenta que para acceder a la pensión de invalidez, así como a la causada por muerte, no resulta válido considerar como único parámetro para determinar si existe o no el derecho correspondiente, la fecha del respectivo acontecimiento (incapacidad para laborar o deceso); es necesario adicionalmente observar el conjunto de postulados y la naturaleza misma del derecho a la seguridad social, con miras a lograr el amparo y la asistencia propuestos constitucionalmente, y a los cuales se arriba con la puesta en vigor de las instituciones legalmente previstas.

"Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente -971- que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados, que le permiten, a quien ha padecido una novedad hacerle frente, mediante el acceso a la pensión, como consecuencia de los aportes válidamente realizados antes de su acaecimiento.

"Es indudable que el propósito del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 fue hacer más sencillo el reconocimiento de la pensión de invalidez, frente a las disposiciones anteriores a su vigencia que regulaban el tema.

"Efectivamente dentro del antiguo régimen era indispensable para pensionarse haber cotizado como mínimo 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al advenimiento de la invalidez o un mínimo de 300 semanas en cualquier tiempo, mientras que en el nuevo régimen basta estar cotizando y haber completado 26 semanas en el momento de invalidarse o las mismas 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a ese insuceso para conseguir el mismo resultado.

"Pero sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer. Más aun cuando la entidad obligada a reconocer la pensión de invalidez ya lo estaba dentro del antiguo régimen, sin que ahora pueda escudarse en el nuevo, para abstenerse de cumplir ese deber jurídico que de antemano ya pesaba sobre tal entidad.

"Aun cuando pudiera argumentarse que la ausencia legal de un régimen de transición frente a la pensión de invalidez, como sí lo tiene la de vejez, impide tener en cuenta las cotizaciones pagadas suficientemente por quien no aportó el mínimo de 26 semanas requerido en el mencionado artículo 39 de la Ley 100 de 1993, cabe decir que la situación es distinta en uno u otro caso, porque en la de vejez es viable para el legislador considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo - hecho determinable -, ya para completar cierta edad, o, para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, obedece a contingencias improbables de predecir, y por ende, no regulables por un régimen de transición.

"Desde la anterior perspectiva, la invalidez simplemente llega, y ese hecho impide, a quien la padece en más del 50% (proporción establecida legalmente, igual en el Acuerdo 049 de 1990, que en la Ley 100 de 1993), laborar y procurarse un modo de subsistencia, de forma que el sistema no puede dejar de prestarle la asistencia debida, teniendo en cuenta las cotizaciones antecedentes a ese estado, las cuales, sin lugar a duda, deben tener un objetivo práctico, tendiente a no dejar desamparado a quien aportó al régimen, así que posteriormente, al cumplir la edad para una eventual pensión por vejez, de esta no puede despojarse, pero mientras ello sucede, no debe quedarse sin defensa, por la ineficacia, que pretende la demandada, se le dé a las citadas aportaciones, que finalmente contribuyeron a la consecución de la prestación, por vejez, por invalidez o por muerte."

Lo antes aseverado permite concluir que el Tribunal incurrió en la infracción legal denunciada y, por consiguiente, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia impugnada.

3.6.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL.

Radicación: 26330 15 /05/06

M.P. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Prescripción

IV-. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La discusión que plantea la acusación no tiene que ver con el término de prescripción que con base en lo dispuesto por el artículo 50 del acuerdo 049 aplicara el sentenciador en el *sub judice*, aspecto en el cual en realidad no hay disenso con respecto al término de un año que el tribunal contabilizara al efecto, sino con el momento a partir del cual ha de contarse este año.

El *ad quem* consideró que el derecho a la pretendida indemnización sustitutiva en cuestión *"se hizo exigible desde la muerte"* del causante y, en este orden de ideas, concluyó que como *"el Sr. Benjamín Aguado Rodríguez falleció el 24 de Marzo de 1997 y se solicitó pensión de sobreviviente en Noviembre 17 de 1999... se superó ampliamente el año con que contaba la accionante para haber siquiera solicitado la indemnización demandada con el fin de que no le prescribiera ..."*.

El recurrente, por su parte, sostiene que *"el término de prescripción de un (1) año para la acción de reconocimiento de la prestación de indemnización sustitutiva no puede entenderse contado desde el fallecimiento del asegurado, porque no puede ser desde su muerte que el derecho se hace exigible en razón al procedimiento administrativo pendiente sobre el reclamo de la pensión, pues, solamente, legalmente informado el acto, empieza a contarse el término para que el afectado pueda accionar"*.

De manera que el punto central de la discusión gira en torno al alcance de la expresión *"a partir de la exigibilidad del respectivo derecho"* contenido en la norma acusada.

Para la Sala es claro que la hermenéutica impartida por la censura es la correcta, puesto que ella es la que resulta concordante con la naturaleza pensional de la prestación en cuestión.

En efecto: La indemnización sustitutiva, que conforme ha sido definida por la doctrina, *no es otra cosa que la devolución de algo que se pagó parcialmente por anticipado, por una finalidad que se frustró*, tiene un carácter eminentemente subsidiario en tanto es, como su nombre lo indica, *"sustitutiva"* de la pensión que un momento dado se pretenda -vejez o sobrevivientes- y, como está dicho en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a ella *"los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes"*.

Se tiene entonces que la exigibilidad de la prestación en cuestión se encuentra supeditada a que se niegue o establezca que no hay lugar a la prestación pensional principal cuando ésta sea objeto de reclamo expreso y es así, a partir de ese momento, que puede entenderse causado el derecho a su reclamo. De lo contrario, la indemnización sustitutiva no podría ser usualmente reclamada por quien inicialmente pretendió únicamente el derecho principal, al que razonablemente consideraba tenía derecho. Lo anterior no se opone a que, por situación contraria no se reclame pensión, el tiempo de prescripción del derecho a la indemnización sustitutiva deba contarse desde la muerte del afiliado.

Al apartarse, entonces, de la genuina hermenéutica de la normativa acusada, incurrió el *ad quem* en el vicio enrostrado por la censura al considerar que, en tratándose de la indemnización sustitutiva, habiéndose reclamado previamente la pensión de sobrevivientes, el término de prescripción comienza a correr a partir de la fecha de la muerte del causante.

VI- CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Dada la prosperidad de la primera acusación en lo atinente al momento a partir del cual el *ad quem* entendió debía contarse el término de prescripción en el *sub examine*, habrá de revocarse la decisión del Juzgado que para absolver a la demandada de la pretensión reclamada, declaró probada la excepción de prescripción de la acción por considerar que la demanda se presentó por fuera del término prescriptivo contado a partir de la muerte del causante.

A tal efecto es suficiente anotar, ante el hecho innegable determinado de que la prescripción de la acción en cuestión sólo puede empezar a contarse desde que se niegue la prestación principal, que cómo la decisión definitiva del instituto demandado que negó tal pensión fue notificada a la demandante el 3 de septiembre de 2002 (fl.5) y la demanda ordinaria fue presentada el 11 de septiembre de ese mismo año (fl.13), en el *sub judice*, no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Ahora bien, el causante cotizó 796.4286 semanas entre los ciclos comprendidos entre el 3 de diciembre de 1973 y el 31 de diciembre de 1994, según se desprende de la certificación de semanas cotizadas que corre a folios 44 y siguientes, con base en el 6.435% de su salario promedio, que es la tasa de cotización vigente para cada época (artículos 33 del Decreto 3041 de 1966 y 20 de la Ley 100 de 1993).

Con base en lo anterior, el valor de la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, para los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiesen reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, se establece conforme a los parámetros consagrados en el artículo 37 de la misma normatividad, que no son otros que lo equivalente a "*un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado*", salario este que se actualiza anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE en la forma prevista en el Decreto 1730 de 2001.

De tal modo, aplicadas las citadas normas al caso en particular, se tiene que el salario base de liquidación promedio semanal es equivalente a \$42.435,28 que se obtiene de sumar los salarios devengados en toda la vida laboral del asegurado (\$8.028.733,67), los cuales también se extraen de la historia laboral que reposa en el proceso y que fuera expedida por el ISS, pero actualizados a la fecha y que ascienden a un total de \$33.796.666,23. Esta última cifra, se divide por el número total de días aportados, en este caso son 5.575 y se multiplica por siete (7) que es el número de días que componen una semana cotizada.

Finalmente este resultado que corresponde al salario base semanal (\$42.435,28), se multiplica por la tasa de cotización ponderada que arroja un 6.435%, y a su vez se multiplica por el número de semanas cotizadas por el afiliado en su historia laboral (796.4286 semanas), todo lo cual arroja un gran total de \$4.813.924 que es el valor que finalmente se debe cancelar por la indemnización sustitutiva implorada.

3.6.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL

M.P. ISAURA VARGA DÍAZ

Radicación 25390 22/02/06

Dictamen pericial no es pruebas *absutantum actus*,

Por último, es necesario destacar que la convocatoria de la recurrente al estudio del dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia, so pretexto de no haberle dado el juzgador la validez probatoria que dice le corresponde, por detenerse a examinar únicamente la '*causalidad*' del insuceso y no su '*ocasionalidad*', es asunto que desvía el sendero del cargo por el que enderezó el ataque, en el que, como es sabido, se supone plena conformidad del recurrente con las conclusiones probatorias del fallo atacado. No obstante, cabe recordar que la Corte, en criterio que aquí se reitera, ha aceptado que no siendo tal medio de convicción '*ab sustantiam actus*', la discusión de la naturaleza del accidente como de origen común o profesional, es susceptible de abordar por el Juez del proceso laboral.

En efecto, así asentó esta Corporación en reciente fallo de 26 de junio de 2005 (Radicación 24.392):

"Al respecto, es oportuno resaltar que tratándose del accidente de trabajo lo que invariablemente obliga del dictamen es la determinación de la minusvalía del afiliado, pero no siempre la calificación del infortunio como accidente de trabajo, pues frente al acontecer irrefutable de que aparezcan en el proceso pruebas irrefutables que desvirtúen el origen de la incapacidad o la muerte del asegurado, no

pueden los jueces desconocerlas pues su función es la de juzgar las vicisitudes que acontezcan en el desarrollo de la relación laboral."

3.6.4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL

M.P. FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

Radicación 17607 06/05/02

Concepto de familia para la seguridad social, difiere al concepto en materia civil, hijo por trato.

Debe advertirse que posteriormente la Sala de Casación Laboral, fija el criterio de quienes tienen la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes con base en lo señalado en la **Ley 797 de 2003**, limitándolo a quienes ostentan vínculo de parentesco de acuerdo con la normatividad civil. (Sentencia 28786 de 2007, y sentencia 33481 de 29/07/08 M.P. ISAURA VARGAS DIAZ). De otra parte la Corte Constitucional ha aceptado el tratamiento de padres de crianza como padres adoptivos (**T- 495 de 1997**), y posteriormente reconoció el subsidio familiar a un hijastro (**T-586 de 1999**). El Consejo de Estado sentencia 18836 de 2008, señaló que los hijos de crianza tienen derecho a reclamar perjuicios morales en los procesos de responsabilidad con fundamento en la relación especial afecto y protección.

"Pues bien, pudiera estimarse conforme lo entiende el recurrente, con apoyo en los artículos 1 de la Ley 29 de 1982²³² y 42, inciso 5 de la Constitución²³³, que cuando la Ley menciona a los hijos como beneficiarios, alude exclusivamente a los engendrados o concebidos por el causante y a los adoptados con los requisitos de Ley (Código del Menor art 96)²³⁴. Sin embargo, esta interpretación que puede ser válida en el derecho civil de familia, resulta demasiado restrictiva para el de la seguridad social, cuyo objetivo y filosofía está en proteger a las personas frente a las contingencias que afecten su calidad de vida y las puedan colocar en situación indigna de un ser humano. Fuera de que, conforme al principio de universalidad, el servicio de seguridad social debe proteger a todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

En efecto, es conocido que desde un enfoque sociológico el grupo familiar puede estar integrado por hijos no carnales, como adoptivos, hijastros y de crianza, es decir, aquellos que son acogidos y cumplen en la realidad y en todo sentido un rol filial en la familia, pese

²³² "Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos"

²³³ "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes"

²³⁴ "La adopción requiere sentencia judicial. Una vez en firme, la sentencia que concede la adopción se inscribirá en el registro del estado civil...."

a no tener lazos directos de consanguinidad con los padres o con uno de ellos, de modo que si llegasen éstos a faltar sufrirían los efectos del desamparo dada su dependencia emocional y económica. No tendría, entonces, sentido que la Ley de seguridad social excluyera de su ámbito de protección por razones estrictamente formales a sujetos que en modo ostensible la requieren y la merecen, máxime si se trata de menores e inválidos, a quienes el Estado quiere esmerarse en resguardar, conforme se deriva de los artículos 13, inciso 3, 44, 45 y 47 de la Constitución.

Ahora bien, en lo rigurosamente textual, la Ley 100 de 1993, y particularmente su artículo 47, no define el concepto de hijo como el engendrado o concebido por el padre o la madre o el adoptado formalmente, de modo que corresponde entender, en concordancia con el artículo 46 ibidem y con los principios de la seguridad social contemplados en el artículo 48 de la Constitución y 9 de la Ley, entre otras disposiciones, que comprende a quien como tal integre el grupo familiar por adopción o prohijamiento, no solo en sentido estricto o judicial sino también en la realidad.

Es cierto que la adopción es una figura jurídica del derecho civil de familia y para los efectos patrimoniales y herenciales que éste regula puede justificarse el cumplimiento de los requisitos propios de ella para que produzca los pertinentes efectos jurídicos, pero ya se observó que, por principio, la seguridad social cubre a todas las personas sin ninguna discriminación, de ahí que ante esta tendencia comprensiva, cuando el supuesto de protección radica en el establecimiento de determinados lazos familiares que generan relaciones de mutuo amparo personal y dependencia económica, debe prevalecer el criterio de realidad frente al formal.

En este sentido importa recordar que esta Sala para un caso semejante al presente, en sentencia del 13 de diciembre de 1996, radicada bajo el número 9125, expuso lo siguiente:

"Con todo, frente al asunto de los autos actúan circunstancias fácticas y principios jurídicos superiores que impiden la aplicación automática de estos preceptos. En primer término debe advertirse que el tema de decisión se enmarca dentro de la Seguridad Social, materia jurídica cuya teleología en algunos aspectos tropieza con el régimen legal de familia vigente, dado que este se halla imbuido por consideraciones estrechamente vinculadas con los derechos de propiedad y de herencia, mientras que las instituciones que desarrollan aquella, como un servicio público de carácter obligatorio que se concreta frente a los habitantes del territorio nacional en calidad de derecho irrenunciable (C.N. art. 48) y fundamental, particularmente con relación a los menores (C.N art 44), procuran solucionar problemas vitales e inmediatos de subsistencia que surgen como consecuencia de siniestros previamente establecidos. Es que, por ejemplo, a propósito de la muerte de un afiliado, la Seguridad Social propende por proteger las personas a quienes dicha contingencia afecta directamente, vale decir al núcleo familiar pero entendido más con un criterio natural y socio económico que puramente legal, sin que desde luego se abandone absolutamente este último enfoque, y a propósito de la noción de hijo no es extraño pensar que en ella puedan incluso quedar

comprendidos quienes no lo sean por razones biológicas, sino porque han sido considerados y mantenidos como tales en el seno familiar. Así lo acepta la doctrina internacional de la Seguridad Social, como se advierte del siguiente texto emitido por la OIT:

"Para los fines de la Seguridad Social se acostumbra distinguir dos categorías de hijos: los hijos descendientes directos de la persona protegida -o del beneficiario según el caso- y los que no obstante no serlo, son mantenidos en su hogar como hijos. Es frecuente que los primeros sean considerados hijos a cargo si vivían bajo el techo de la persona protegida en el momento de su fallecimiento, mientras que para los segundos pueden exigirse otras condiciones; por ejemplo, que hayan sido mantenidos en el hogar del difunto desde al menos seis meses antes de su muerte... (Ver, Introducción a la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, Ediciones Alfaomega S.A México D.F. 1992, página 78)".

Importa precisar, por último, que esta condición filial que acoge la Sala exclusivamente para los efectos de la Seguridad Social, implica su comprobación en términos contundentes, de forma que quede claro que se trata de una situación verdadera y no solo aparente, con carácter de indiscutible permanencia y no el producto de un vínculo fugaz, inestable, coyuntural, oportunista o incluso fraudulento. Así, ha de emerger el ánimo inequívoco en el grupo familiar de asumir los respectivos papeles de padres e hijos, en todos los aspectos personales, morales, afectivos, jurídicos y económicos. Se excluye, por tanto, la simple convivencia si no concurre con ella una intención sería de considerarse mutuamente en una relación paterno filial. Igualmente, quien alega esta modalidad de filiación, ha de acreditar fehacientemente la dependencia económica respecto del causante, pues en últimas es ella la que genera la necesidad del cobijo de la seguridad social."

3.6.5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación N°. 15685 15/06/06

M. P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Repetición contra el Fosyga. Entrega de medicamento por fuera del POS

"De lo manifestado en el escrito de impugnación, debe acotarse, que no se cuestiona la orden del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 6 de abril del 2006, de hacer entrega al señor DARÍO FLOREZ SASTOQUE del CPAP y garantizar la continuidad de la prestación, sino, tan solo a que autorize a la recurrente a autorizar el recobro al FOSYGA, por el suministro del equipo C-PAP al accionante, por no encontrarse incluido en el POS.

Las entidades promotoras de salud son empresas concesionarias del Estado en la prestación del servicio público de salud, que en todo caso, tienen derecho a mantener el equilibrio en la relación contractual con el Estado y con los afiliados y afiliadas, y que por

ello pueden repetir contra el Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), cuando el Juez de tutela, por hacer prevalecer los derechos fundamentales a la salud, las obliga a correr con los costos de una prestación o suministro no contemplado en el plan obligatorio de salud, o que excede las coberturas pactadas.

La norma que estructuró el sistema de salud en materia de seguridad social para las Fuerzas militares y la Policía Nacional (Ley 352 de 1997), determinó que si bien es cierto existen dos sistemas prestadoras del servicio de salud y que tienen regímenes diferentes, ello no conlleva a que se desconozca el principio de igualdad constitucional de que gozan, dado que su finalidad es la misma, cubrir en sus necesidades básicas de salud a todas las personas que de acuerdo a su vínculo laboral opten por afiliarse a una o a otra, independiente de que una tenga más prerrogativas que la otra.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, establece que el *"El sistema integral de seguridad social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley..."*, admitiéndose con ello que existen dos sistemas paralelos prestadores de salud, esto es, las EPS propiamente dichas y la de Sanidad Militar y Policial, las cuales frente a la Ley tendrán los mismos derechos y responsabilidades con sus afiliados y afiliadas, pues, se insiste, el fin último de las dos es garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 39 de la Ley 352 de 1997 que reza *"El monto total de las cotizaciones establecidas en el presente artículo ingresará a los fondos cuenta del SSMP. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud"* siendo, por tanto, aportarte al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA.

La no inclusión del equipo en el Plan Obligatorio no es motivo para negar su suministro. Cuando la aplicación de una norma que contiene una exclusión del Plan pone en riesgo la vida de una persona, debe hacerse caso omiso de ella, por cuanto por encima de la legalidad está la vida como fundamento de todo el sistema, debiendo la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional llevar a cabo el tratamiento respectivo, y repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA) si en desarrollo del mismo incurre en gastos adicionales no cubiertos por el POS.

Ninguna razón observa la Sala para que la entidad obligada al suministro de los aparatos respiratorios a la accionante, se sustraiga al anterior trámite, que claramente reglamenta las solicitudes de recobro con cargo al Fosyga, por suministros originados en órdenes de tutela, como es el presente caso, con un plazo perentorio para su cumplimiento.

En consecuencia, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive del fallo impugnado, para determinar que la entidad E.P.S. SANITAS tiene derecho a repetir contra la Nación – Ministerio de la Protección Social – Fosyga, para que le reembolse el valor de los medicamentos brindados a la accionante, por los trámites y dentro de los plazos establecidos en la Resolución 3797 de 2004 expedida por el Ministerio de la Protección Social, estando esta última entidad sometida a su cumplimiento”.

3.6.6. PERIODOS MÍNIMOS. PROCEDENCIA TUTELA EN SALUD. COPAGOS Y CUOTAS MODERADORAS

1. Sentencia T-581/07

Legitimidad agente oficioso, procedencia.

Línea jurisprudencial respecto a periodos mínimos de cotización. Derecho a la salud. Contenido. Criterios que se deben tener en cuenta para ser protegido por tutela.

ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS O RUINOSAS-Prestación de servicios médicos sin cumplir periodo mínimos de cotización en casos de urgencia e incapacidad económica del usuario

-Normatividad y jurisprudencia constitucional sobre copagos y cuotas moderadoras

“... 2. Presentación del caso y problema jurídico a resolver

La señora Clarena Ríos Orozco, actuando como agente oficiosa del señor Jorge Armando Ríos Restrepo, interpuso acción de tutela contra la EPS Salud Total S. A., con el propósito que se autoricen, brinden, practiquen todos y cada uno de los procedimientos, medicamentos, exámenes clínicos, hospitalizaciones que sean requeridos por el paciente para la recuperación total de su salud, que hayan sido ordenados por el médico tratante. Así mismo y en consideración a la carencia de recursos económicos del joven Jorge Armando Ríos solicita la exoneración de todo tipo de pagos por cualquier concepto, entre los que se encuentran los “Copagos”. Finalmente, pide se autorice toda la atención integral hasta que el afectado recupere la salud y la calidad de vida.

Encuentra la Sala que, en este caso específico debe determinar si: 1. La señora Clarena Ríos Orozco está legitimada para actuar como agente oficiosa del señor Jorge Armando Ríos. 2. El hecho generador de la presunta amenaza o violación a los derechos fundamentales se encuentra superado. 3. La EPS Salud Total S. A. vulneró los derechos a la salud, y a la vida

del señor Jorge Armando Ríos Restrepo, por haberse negado a cubrir el costo total de los servicios para *"procedimientos dx y tto poli quimioterapia (ciclo completo de tratamiento) "QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD Código ISS 33305 [Medicamentos, insumos, administración y honorarios médicos] de forma INTRAHOSPITALARIA Y URGENTE, por riesgo de síndrome de lisis tumoral"*, ordenado por el médico tratante, bajo el argumento que el afectado no tiene el número de semanas de cotización exigidas por la Ley para brindarle la atención requerida. Y 4. Salud Total EPS, en este caso específico está vulnerando el derecho a la salud, y a la vida del señor Jorge Armando Ríos Restrepo, al negar la exoneración del pago de las cuotas moderadoras o "Copagos".

Con el fin de decidir los problemas planteados, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia sobre legitimidad del agente oficioso cuando una persona padece una enfermedad catastrófica. (ii) hará referencia sobre el hecho superado y la obligación del Juez de tutela de verificar el restablecimiento de los derechos invocados. (iii) luego estudiará el alcance del derecho a la salud y su protección por vía de tutela (iv) después realizará un análisis sobre la inaplicación de los períodos mínimos de cotización en caso de enfermedades catastróficas o ruinosas (v) asimismo se referirá al tema de la exoneración de copagos o cuotas moderadora y (vi) finalmente, resolverá el caso concreto.

2. 1. Legitimidad del agente oficioso cuando una persona padece una enfermedad catastrófica

Acorde con la normatividad sobre esta materia (artículo 10, Decreto 2591 de 1991),²³⁵ la jurisprudencia constitucional ha reiterado que *'no se pueden agenciar derechos ajenos, en materia de tutela, cuando no se demuestra la imposibilidad del titular de éstos de ejercer su propia defensa, bajo el entendido que sólo éste puede disponer de sus derechos y propender a su c protección'*.²³⁶ Es decir, los elementos indispensables de la agencia oficiosa en materia de tutela son '(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando

²³⁵ Decreto 2591, artículo 10° — Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. || También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

²³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2000, en esta sentencia se consideró que una madre no estaba legitimada para presentar una acción de tutela en contra de la empresa en la que trabajaba un celador al que se le disparó un arma y lesionó a su hijo [Brinks de Colombia S.A.], quien tenía 17 años al ocurrir los hechos, puesto que no se demostró su incapacidad para actuar.

como tal y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la tutela a nombre propio'.²³⁷

Esta Corporación mediante sentencia T-913 de 2006 reiteró la posibilidad de agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud para garantizar su vida o su integridad personal —varios de ellos, para tratar algún tipo de cáncer—. Así, por ejemplo, lo ha permitido a los padres,²³⁸ a los hijos,²³⁹ a los hermanos,²⁴⁰ a los cónyuges,²⁴¹ a los compañeros,²⁴² o al cuñado.²⁴³ En este contexto —la defensa de los derechos constitucionales al acceso al servicio de salud— la Corte señaló específicamente que: *se presume la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de una enfermedad catastrófica. (...) Concretamente en casos, en los que la persona que solicita la tutela de sus derechos a la vida y a la salud, por medio de agente oficioso, padece cáncer y está en tratamiento, la jurisprudencia ha presumido su incapacidad para defenderse por sí misma, en razón al alto impacto que tienen los tratamientos actualmente existentes en la integridad física y psicológica de toda persona. Así, en la sentencia T-514 de 2006 se consideró que si bien el accionante "(...) no manifestó en forma expresa en el escrito de la demanda que su esposa se encontraba imposibilitada para promover su propia defensa, de acuerdo con lo [probado en el expediente] (...) consta que ésta ha sido sometida a intensas y continuas sesiones de quimioterapias y radioterapias que la desgastan físicamente (...) "*²⁴⁴

2. 2. Ausencia de hecho superado. Obligación del Juez de tutela de verificar el restablecimiento de los derechos invocados.

²³⁷ Así fueron definidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-294 de 2004; esta definición de elementos básicos ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en las sentencias T-346 de 2005, T-750 de 2005, T-162 de 2006 y T-514 de 2006.

²³⁸ En la sentencia T-924 de 2004 la Corte tuteló el derecho de una mujer de 19 años a recibir los medicamentos necesarios para atender el cáncer que padece, los cuales habían sido defendidos por su señora madre, en calidad de agente oficioso.

²³⁹ En la sentencia T-750 de 2005 la Corte consideró que una hija podía agenciar legítimamente los derechos de su madre enferma de cáncer; a su juicio, la incapacidad de defenderse por sí misma se presumía de su propio estado de salud (padecer una enfermedad catastrófica).

²⁴⁰ En la sentencia T-754 de 2005 tuteló los derechos de un menor (14 años) que padece hemofilia severa, tipo A, los cuales habían sido agenciados por su hermana.

²⁴¹ En la sentencia T-246 de 2005 la Corte consideró que el cónyuge puede representar legítimamente los derechos de su pareja cuando padece cáncer, imposibilitada para ejercer su propia defensa. En el mismo sentido, se pronunció en las sentencias T-348 de 2006 y T-514 de 2006.

²⁴² En la sentencia T-575 de 2005 se tuteló el derecho de una persona a acceder a un servicio de salud (recibir un complemento alimenticio), el cual había sido alegado y defendido por su compañera permanente, en calidad de agente oficioso.

²⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-471 de 2005, en este caso se resolvió tutelar los derechos a la vida y la salud de una persona, los cuales habían sido defendidos por su cuñado en calidad de agente oficioso.

²⁴⁴ Sentencia T-514 de 2006

En relación con este asunto, esta Corporación ha manifestado que *"la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada. En ese caso la decisión que pudiese adoptar el Juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción"*²⁴⁵

En efecto la Corte Constitucional en reciente Sentencia T-306 de 2006 señaló lo siguiente: *"La Sala encuentra que la solicitud inicial de la demandante se encuentra satisfecha, pues el Instituto de Seguros Sociales –I.S.S.- E.P.S. Seccional Cesar le está entregando actualmente los medicamentos cuya entrega constituía la pretensión central de la demanda de tutela. Lo anterior hace que un pronunciamiento de fondo sobre el caso planteado resulte inocuo, por lo cual la Sala de Revisión se abstendrá de pronunciarse al respecto"*.

En términos generales, se ha entendido el *hecho superado* como la satisfacción de lo pedido en tutela. Así por ejemplo, en sentencia T-082 de 2006, una señora solicitaba unos medicamentos que ya estaban siendo entregados al momento de la revisión de la providencia. La Corte consideró que al desaparecer los hechos que generaron la vulneración, la acción de tutela perdía su eficacia e inmediatez y por ende su justificación constitucional, así se configuraba un hecho superado que conducía a la carencia actual de objeto, la cual fue declarada por esa razón en la parte resolutive de la sentencia.

Igualmente, en sentencia T-630 de 2006 el peticionario solicitaba que se ordenara a la Entidad demandada la prestación de ciertos servicios médicos que ya habían sido efectivamente proporcionados, esta Corporación en esa oportunidad reiteró *"si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues bajo esas condiciones no existiría una orden que impartir ni un perjuicio que evitar"*.²⁴⁶

No obstante lo anterior, se ha expresado que: *"[p]ara que el Juez constitucional pueda determinar que el hecho generador de la presunta amenaza o violación se encuentra superado, es necesario establecer plenamente que tal circunstancia se encuentra claramente acreditada en el expediente. Si existe duda en torno a la verdadera reivindicación de los derechos afectados, el Juez de tutela está en la obligación de emitir un pronunciamiento de fondo, en el sentido de conceder o negar el amparo solicitado. Si ello no ocurre en las instancias respectivas, le corresponde a la Corte en sede de revisión, proceder a revocar la providencia, toda vez que no es jurídicamente viable*

²⁴⁵ Sentencia T-642 de 2006

²⁴⁶ Corte Constitucional, sentencias T-608 de 2002 y T-552 de 2002.

*abstenerse de emitir pronunciamiento cuando las circunstancias que motivaron el ejercicio del derecho de amparo constitucional, aún se mantienen vigentes"*²⁴⁷. (Subrayado fuera del texto)

2. 3. Alcance del derecho a la salud y su protección por vía de tutela.

La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es tanto un derecho como un servicio público²⁴⁸. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad²⁴⁹.

Con todo, se ha explicado por parte de este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar *prima facie* por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, por consagrarse el derecho a la salud en normas constitucionales del tipo "principios generales", tal como la mayoría de los derechos fundamentales, se hace necesario determinar cuáles son las prestaciones que lo definen, es decir, se debe llenar de contenido. En este contexto, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos casos el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar

²⁴⁷ Sentencia T-642 de 2006

²⁴⁸ En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

²⁴⁹ Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el Juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

Respecto del primer criterio la Corte ha señalado que, *"(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo."*²⁵⁰ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un Juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.²⁵¹

²⁵⁰ Sentencia T-859 de 2003.

²⁵¹ Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares - en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente²⁵² de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el Juez constitucional.

con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998."

²⁵² Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, “... *que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)*”²⁵³. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el Juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

2. 4. Inaplicación de los períodos mínimos de cotización en caso de enfermedades catastróficas o ruinosas

Según la legislación colombiana de Seguridad Social en Salud, el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, así como el Decreto 806 de 1998 reglamentario de la misma Ley²⁵⁴ determinaron que los tratamientos correspondientes a las enfermedades consideradas como catastróficas o ruinosas del nivel VI, entre las que se cuenta el cáncer, corren por cuenta de la EPS a la cual se encuentra afiliado el usuario siempre y cuando éste haya completado como mínimo 100 semanas de cotización al Sistema de Salud, las cuales 26 deberán haberse hecho en el último año. Precisan las normas que, en caso de que el período de cotización sea menor, el acceso a dichos servicios requerirá de un pago por parte del usuario, atendiendo a su capacidad socioeconómica.

²⁵³ SU-337 de 1999

²⁵⁴ Artículo 61 del Decreto 806 de 1998. Períodos mínimos de cotización. “Los períodos mínimos de cotización al sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 1. Un máximo de cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el plan obligatorio de salud. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.

Grupo 2. Un máximo de cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el manual de actividades, intervenciones y procedimientos, Mapipos, como del grupo ocho (8) o superiores. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagados en el último año.

Parágrafo. Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.

Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato. Estas instituciones cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes”.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia constitucional²⁵⁵ en muchas oportunidades ha sostenido que la aplicación de las disposiciones sobre esta materia pueden llegar a vulnerar el derecho constitucional a la salud y a la vida, cuando quien necesita un tratamiento correspondiente a enfermedades catastróficas o ruinosas, no cuenta con el mínimo de semanas de cotización ni con los recursos para cubrir el pago adicional exigido.

Esta Sala considera pertinente recordar algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional a partir de los cuales se consolida la línea jurisprudencial referida a la inaplicación de las normas sobre períodos mínimos de cotización en caso de enfermedades catastróficas o ruinosas.

Desde el año de 1997, la Corte Constitucional viene sosteniendo que *"...la sujeción a períodos mínimos de cotización, prevista en la norma (artículo 164 de la Ley 100 de 1993), es como de ella misma resulta, excepcional, y únicamente puede exigirse en los casos que contemple expresamente el Presidente de la República al reglamentarla (art. 189-11 C.P.). Se trata, en efecto, de "servicios de alto costo", cuya enunciación no puede quedar librada a la voluntad de las mismas entidades prestadoras del servicio de salud"*²⁵⁶.

Más tarde, en sentencia T-437 del mismo año, esta Corporación destacó el carácter excepcional de los casos en los que, a la luz del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, debe el afiliado haber cotizado un mínimo de semanas para acceder a todos los servicios del P.O.S. El sentido de la jurisprudencia fue desde aquella época el siguiente: *"Es claro que la norma legal entonces considerada (artículo 164 de la Ley 100 de 1993) distingue dos tipos de situaciones respecto de la atención a los afiliados y afiliadas y beneficiarios de las E.P.S.: un régimen general que excluye toda clase de preexistencias y uno excepcional -servicios de alto costo-, que permite la sujeción a períodos mínimos de cotización que en ningún caso pueden exceder las 100 semanas de afiliación al sistema. Tales servicios deben ser señalados en los decretos reglamentarios del mencionado artículo"(...) "Es justamente tal condición excepcional la que exige interpretación restrictiva del precepto, pues, a juicio de la Sala, no pueden ser las entidades prestadoras del servicio -las E.P.S.- las que decidan unilateralmente o mediante la imposición de cláusulas contractuales ajenas a la normatividad cuáles son las enfermedades de alto costo, ni tampoco las que establezcan los niveles mínimos de cotización requeridos para cada una de ellas.*

"No puede olvidarse que, según el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, "para períodos menores de cotización -esto es, para aquéllos casos en los cuales se haya cotizado menos de lo que las normas establecen en cuanto al tipo de enfermedad de alto costo-, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica".

²⁵⁵ Ver entre otras sentencias T-250 de 1997, T-437 de 1997, C-089 de 1998, T-253 de 2004, T- 642 de 2006.

²⁵⁶ Ver sentencia T-250 de 1997

En esa oportunidad concluyó la Corte que: *"(...) no es permitido a las empresas promotoras de salud imponerle, aun tratándose de enfermedades de alto costo, el número máximo de semanas de cotización en todos los casos. Vulneran entonces los derechos a la salud y a la seguridad social de la persona, y pueden poner en peligro su vida, especialmente en las hipótesis de enfermedades tan graves como el cáncer."*

Posteriormente, mediante sentencia C-089 de 1998, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 352 de 1997 por medio de la cual se regula el tema del Sistema de Salud previsto para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, la Corte manifestó que: *"la posibilidad de contemplar períodos mínimos de cotización para ciertos servicios no puede convertirse en barrera absoluta e infranqueable de acceso a los mismos ni en la exigencia de que el afiliado, aun tratándose de enfermedades catastróficas, asuma en su totalidad los costos correspondientes"*²⁵⁷ (Subrayado fuera del texto)

De igual manera, en la sentencia T-328 de 1998 el Alto Tribunal expresó con relación a las personas que no tienen medios económicos para sufragar el costo del tratamiento o medicamento, o no han cumplido con las semanas de cotización, lo siguiente: *"No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos"*²⁵⁸ y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la Ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo." (Subrayado fuera del texto)²⁵⁹

Seguidamente, en providencia T-691 de 1998, la Corte resolvió el caso de una persona que, debiendo en principio asumir los costos de una enfermedad catastrófica por carecer del número de semanas exigido, logró probar que no contaba con un ingreso económico suficiente para tal efecto y que le era imposible obtener la protección por un plan complementario. La Corte decidió inaplicar por inconstitucional, para el caso concreto, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998. En consecuencia, se ordenó en esa oportunidad, a la E.P.S. demandada iniciar las sesiones de quimioterapia requeridas por el actor, de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante, sin exigirle el pago de porcentaje alguno en relación con el costo del tratamiento, el cual debería ser llevado a cabo y asumido económicamente en su totalidad por la E.P.S. Además agregó que ésta podría repetir por el costo del aludido tratamiento, en contra de la Subcuenta de Enfermedades Catastróficas

²⁵⁷ Reiterada en sentencia T-163 de 2007.

²⁵⁸ Sentencia C-265 de 1994 y sentencia T-639 de 1997.

²⁵⁹ Ver sentencia T-163 de 2007.

o Ruinosas del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud²⁶⁰.

Igualmente, mediante sentencia T-253 de 2004 se estableció que:“(...) el debate que se presenta entre las Entidades Promotoras de Salud y el afiliado que requiere tratamiento porque se le ha diagnosticado una enfermedad catastrófica o ruinosas, y que no ha cotizado el número de semanas que la Ley señala, ha sido resuelto en el sentido de que estando demostrada la situación de urgencia y la incapacidad económica del usuario para cubrir el costo a su cargo, la entidad responsable no puede oponerse a realizar el tratamiento o procedimiento médico que requiera el afectado(...)”

Así pues, en jurisprudencia más reciente la Corte ha fortalecido esta doctrina, por ejemplo en sentencia T- 642 de 2006 reiteró que: “en casos de enfermedad y tratamientos permanentes comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto en estos casos, los afiliados y afiliadas que no cumplan con los períodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinosas, sin tener los recursos necesarios para sufragar el porcentaje que le correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlos.” Igualmente señaló que “...tratamientos como el requerido por la accionante, en los cuales se exige de una determinada periodicidad a afectos de poder mantener no sólo una condición de salud adecuada, sino también de garantizar la vida misma, no pueden condicionarse para su prestación a la estricta aplicación de lineamientos legales, que lo único que generan es la violación de derechos fundamentales de carácter constitucional, que deben primar en su aplicación y protección. En consecuencia, una enfermedad como la que aqueja a la accionante, calificada como ruinosas o catastrófica, y que además de ello se encuentra en una etapa de evolución terminal, no permite que los servicios reclamados sean restringidos en el tiempo, pues la condición de salud y la inminente afectación de la vida, representa un peligro constante que hace que la paciente se encuentre en una condición crítica e incluso de permanente urgencia”. (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación ha señalado que las entidades responsables no pueden obstaculizar la realización de tratamientos o procedimientos médicos requeridos por un afiliado que se le ha diagnosticado una enfermedad catastrófica o ruinosas, bajo el argumento que no ha cotizado el número de semanas que la Ley señala, estando demostrada la situación de urgencia y la incapacidad del usuario de cubrir el costo a su cargo.

En ese sentido, la Corte Constitucional estableció la regla jurisprudencial²⁶¹ en virtud de la cual el Juez constitucional puede ordenar la prestación de servicios médicos cuando no se

²⁶⁰ Este tipo de fallos también ha sido reiterado, a grandes rasgos, en las sentencias T-885 de 2001, T 929 de 2001, T-797 de 2001, sentencia T-1032 de 2001 entre otras.

ha cumplido con el período mínimo de cotización, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- 1- Que la falta del medicamento, tratamiento o servicio médico excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna.
- 2- Que el medicamento o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan.
- 3- Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera.
- 4- Que el servicio médico requerido haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

Entonces, aunque el afiliado a la entidad prestadora de salud no haya cotizado el número de semanas exigidas legalmente, si se cumplen las anteriores reglas, procederá la protección constitucional al demandante mediante acción de tutela²⁶².

²⁶¹ La Corte Constitucional ha expresado que "tal como lo puso de presente esta Sala de Revisión en pronunciamiento anterior [sentencia T-236 de 1998], la inaplicación de la legislación citada no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones, a saber: primera, que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. Segunda, que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. Tercera, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante²⁶¹". Ver sentencias T-328 de 1998 y SU-480 de 1997.

²⁶² En cuanto a las exigencias de las semanas mínimas de cotización para acceder al servicio, entre otras, se encuentra la Sentencia T-138-04: "(...) 11. Con base en la jurisprudencia constitucional, es posible entonces entrar a determinar en qué casos puede ordenarse directamente a la entidad prestadora de servicios de salud, la atención inmediata de un paciente que necesita con carácter urgente un tratamiento calificado de alto costo: (i) Cuando la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del afectado. (ii) Cuando se trata de un tratamiento que no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que pudiendo

2. 5. Exoneración de copagos o cuotas moderadora

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, a continuación se revisará la normatividad vigente sobre los copagos, su finalidad, causales de exigibilidad, así como la jurisprudencia constitucional que trata sobre las exenciones a su uso y los límites en su implementación.

El artículo 2 del Acuerdo 30 de 1996 del CNSSS, define los copagos como los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

Ahora bien, sobre los montos a cancelar por copagos en el art. 9 del Acuerdo señalado se estableció que estos se aplicarán según el nivel socioeconómico del cotizante, para el régimen contributivo de conformidad con el ingreso base de cotización expresado en salarios mínimos mensuales vigentes, que en todo caso no pueden superar el tope establecido en el art. 10 del Acuerdo que establece límites temporales de un año calendario y de montos máximos para ese período que van desde un mínimo de medio salario mínimo legal para afiliados y afiliadas cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos, hasta cuatro salarios mínimos cuando el ingreso base de cotización supere los cinco salarios mínimos legales vigentes. Por su parte, para el régimen subsidiado, en virtud del artículo 11, *"los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén (...)".*

Para nuestro análisis importa destacar, el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS el cual establece que los siguientes servicios médicos no estarán sujetos al cobro de copagos: 1. servicios de promoción y prevención, 2. programas de control en atención materno infantil, 3. programas de control en atención de las enfermedades transmisibles, 4. *enfermedades catastróficas o de alto costo*, 5 la atención inicial de urgencias.

A raíz de la enunciación escogida en el artículo 7 citado *"no se define las exenciones a partir del nivel de complejidad (I, II, III y IV) de la intervención quirúrgica requerida, sino con base en otros criterios, como por ejemplo, el tipo de enfermedad (v.gr. catastrófica o ruinosa), el tipo de*

sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad del excluido del plan. (iii) Cuando el interesado no puede cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie. (iv) Y cuando el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual está afiliado el demandante.

*atención (v.gr. urgencia, programas de control en atención de enfermedades transmisibles) y el tipo de programa (atención materno infantil)."*²⁶³

En forma más precisa, en el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 se enuncian las enfermedades valoradas como catastróficas o de alto costo (Mapipos) y que por tanto su tratamiento se encuentra aliviado del copago, éstas son: a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, b) diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de córnea, c) tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, d) tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, e) tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas, f) tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor, g) terapia en unidad de cuidados intensivos y h) reemplazos articulares.

En suma, los copagos pueden ser exigidos por las EPS a los afiliados y afiliadas beneficiarios, respetando el porcentaje señalado en los artículos 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, atendiendo al ingreso base de cotización del cotizante y a los límites anuales²⁶⁴ y por evento²⁶⁵ establecidos en el mencionado Acuerdo. Adicionalmente, cuando el número de semanas cotizadas por el afiliado resulte inferior a las exigidas para recibir determinado tratamiento, y con el fin de permitir la financiación del sistema, es viable solicitar el pago compartido al beneficiario.

Ahora bien, de acuerdo con la normatividad antes descrita, la jurisprudencia constitucional ha delimitado los motivos por los cuales es exigible el cobro compartido atendiendo aspectos como que se trate de una urgencia²⁶⁶, de un menor de edad²⁶⁷, que el

²⁶³ El artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004 define que los siguientes servicios médicos se encuentran sujetos al pago de cuotas moderadoras: 1) Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada, 2) Consulta externa por médico especialista, 3) Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios, 4) Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante, 5) Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante y 6) Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. Sentencia C-038 de 2005

²⁶⁴ El artículo 10 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope anual de los copagos que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 230% de un salario mínimo legal mensual.

²⁶⁵ El artículo 9 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope del copago, por un mismo evento, que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 115% de un salario mínimo legal mensual. El párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 1998 define "la atención de un mismo evento" como "el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario".

²⁶⁶ Sentencia T-1132-01

beneficiario no cuente con recursos para sufragar el monto normativamente exigible, o cuando el beneficiario no alcanza a cumplir con el mínimo de semanas cotizadas para la práctica de un tratamiento.

En la Sentencia T-913 de 2006 la Corte Constitucional manifestó expresamente que "(...) existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de [los] copagos y cuotas para no vulnerar tales derechos. De allí que la misma Ley,²⁶⁸ (...) haya considerado que en ninguna circunstancia los pagos moderadores puedan convertirse en barreras de acceso que impidan la prestación del servicio de seguridad social en salud a los más pobres.²⁶⁹

Sumado a lo anterior, en virtud de la Ley 972 de 2005 'por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida', se ordena que "las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas. El paciente asegurado será obligatoriamente atendido por parte de la EPS."²⁷⁰ Así pues, para esta Corporación es claro que el Salud Total EPS no puede negarse, 'bajo ningún pretexto', a continuar el tratamiento para el cáncer que aqueja al joven Jorge Armando Ríos. En otras palabras, desconoce de forma grave la Constitución y la Ley una EPS que se niega a prestar los servicios de salud a una persona con cáncer, cualquiera sea el pretexto, como por ejemplo, el no haber cancelado los copagos o cuotas moderadoras, cuando tales servicios han sido ordenados por el médico tratante y se encuentran dentro del ámbito de cobertura aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS.

La Corte Constitucional ha expresado que: (...) *no estaba en discusión que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable, lo cual estaba previsto por el legislador a través de los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo*

²⁶⁷ Sentencia T-666-04

²⁶⁸ Ley 100 de 1993, artículo 187.- De los pagos moderadores. Los afiliados y afiliadas y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. (...) || En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. (...)

²⁶⁹ En la sentencia T-1132 de 2001, en esta última se indicó que "(...) cuando las personas no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia por que de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración legal, sosteniendo que ante urgencias y patologías comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio de salud, porque por encima de la legalidad, está la vida como fundamento de todo el sistema".

²⁷⁰ Artículo 3 de la Ley 972 de 2005.

de los afiliados y afiliadas a los regímenes contributivo y subsidiado. Pero, agregó la Corte, tampoco debe asumirse que tales mecanismos tienen carácter absoluto e inflexible."²⁷¹.

En Sentencia T-984 de 2006 la Corte reiteró su línea jurisprudencial según la cual se deberá prestar los tratamientos de urgencia sin aplicación de la normatividad sobre la exigibilidad del pago a todos aquellos pacientes que no cuenten con recursos para sufragar los costos de los servicios médicos requeridos y ordenado por el médico tratante. En ese sentido, la Corte ha señalado expresamente que *"cuando una persona requiere de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste, por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación*²⁷² *o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes*²⁷³, *se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud."*

En Sentencia T-754 de 2005 la Corte analizó la figura del copago, profundizando en la exigibilidad de la misma cuando se trata de una enfermedad catastrófica en una persona del régimen contributivo o subsidiado, frente a algún participante vinculado. En esa ocasión la Sala también ratificó la regla de su no exigibilidad, independientemente del régimen en el que se encuentre el paciente, en tanto y cuanto se trate de una enfermedad de esas características: *"En virtud de dicha normatividad es posible enunciar algunos criterios sobre los pagos que deben sufragar las personas afiliadas, las beneficiarias y aquellas que se encuentran en calidad de participantes vinculadas: (i) los afiliados y afiliadas y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores; (ii) los afiliados y afiliadas mediante el régimen subsidiado pagan un porcentaje de acuerdo con el nivel en el que hayan sido clasificados; (iii) no están sujetos a copagos por parte de los afiliados y afiliadas, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o ruinosas; (iv) las personas que ostentan la calidad de participantes vinculadas están sometidas a las cuotas de recuperación en todos los eventos; (v) la cuantía de las cuotas de recuperación depende del nivel de calificación de las personas en el SISBEN"*.

Así las cosas, deberá ahora evaluarse si en el caso concreto se presentan las condiciones antes señaladas, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.

²⁷¹ Ver Sentencias T-714 de 2004, T-411 de 2003 y T-1021 de 2003.

²⁷² Ver Sentencias T-442 de 2004, T-819 de 2003, T-411 de 2003, todas referidas al tema de exoneración del pago de cuotas de recuperación.

²⁷³ Al respecto, ver las siguientes sentencias, entre otras: T-142 de 2004, T-797 de 2003, T-133 de 2003, T-1153 de 2003, T-340 de 2003, T-062 de 2003, T-699 de 2002, T-501 de 2002, T-297 de 2001, T-1663 de 2000, T-1130 de 2000, T-582 de 2000, T-579 de 2000, T-236 de 2000, T-228 de 2000, T-901 de 1999, T-876 de 1999.

2. 6. Análisis del caso concreto

Para comenzar debe hacerse referencia a la legitimidad e interés de la señora Clarena Ríos Orozco para actuar como agente oficiosa del joven Jorge Armando Ríos Restrepo, la cual a todas luces se encuentra probada dentro del proceso.

En el caso bajo estudio, la Sala de Revisión estima que por las condiciones especiales en las que se encuentra el joven Jorge Armando debido a su enfermedad catastrófica o ruinosa, la señora Clarena Ríos Orozco está legitimada para actuar en defensa de los derechos fundamentales de su sobrino.

Ahora bien, analizado el material probatorio que obra en el expediente, encuentra esta Sala de Revisión, que el señor Jorge Armando Ríos Restrepo, tiene 20 años de edad²⁷⁴ y desde el mes de diciembre de 2006²⁷⁵, se le diagnosticó "*Linfoma no Hodgkin*".

A raíz de su enfermedad el señor Jorge Armando Ríos Restrepo estuvo hospitalizado "*con dolor y masa en el cuello hasta de 8 cm de diámetro*"²⁷⁶ en la Clínica Soma de Medellín en la habitación 721 A, desde el veintiuno (21) de diciembre de 2006 hasta el treinta (30) de diciembre del mismo año, según su historia clínica²⁷⁷ y escrito de respuesta de la EPS Salud Total²⁷⁸. Durante ese período se le realizaron diversos exámenes que conllevaron al diagnóstico de su actual enfermedad catastrófica o ruinosa.

De acuerdo con las pruebas documentales que obran en el proceso, el médico tratante Dr. Mauricio Lema Medina, especialista en Oncología Clínica/Hematología, respecto de la enfermedad que padece Jorge Armando Ríos, el día veintiocho (28) de diciembre de 2006, estableció el diagnóstico de "*linfoma no hodgkin – difuso de células grandes fenotipo B – estadio III A con compromiso gangliolar cervical, inguinal bilateral y mediastinal*"²⁷⁹. Como consecuencia de lo anterior, ordenó iniciar "*quimioterapia con CHOP (Ciclososfamida, Doxorrubicina, Vincristina y Prednisolona por 6-8 ciclos*", la cual precisó tiene "*FIN CURATIVO*" y consiste en "*la administración de medicamentos por las venas u otras vías una o más veces en forma planeada y organizada por su doctor*"²⁸⁰. De igual forma, precisó que "*este tratamiento se repite cada 3-4 semanas una vez recuperados de las toxicidades más importante. La*

²⁷⁴ Folio 22.

²⁷⁵ Folios 6 a 20.

²⁷⁶ Folio 10.

²⁷⁷ Folios 12 a 20.

²⁷⁸ Folio 29.

²⁷⁹ Folio 10.

²⁸⁰ Folio 10.

duración de su tratamiento es recomendado por su médico, pero es típicamente de uno 6 meses"²⁸¹.
(Subrayado fuera del texto)

Teniendo en cuenta este contexto fáctico, esta Sala se adentrará en el análisis del caso objeto de revisión, siguiendo los lineamientos antes expuestos de la jurisprudencia de esta Corte para proceder a su solución, no sin antes precisar este Tribunal se aparta totalmente de los argumentos del juzgado de segunda instancia para negar la presente tutela, pues encuentra que en el caso *sub examine* no se configuran los elementos para que opere el fenómeno jurídico del hecho superado. Si bien es cierto que a partir de la fecha en que se procedió a dictar sentencia ya se había realizado la primera sesión de quimioterapia, con ella no se agotó el tratamiento integral ordenado por el médico tratante. Adicionalmente, no está acreditado en el expediente que la entidad demandada haya autorizado todas las quimioterapias prescritas y los demás procedimientos requeridos por el accionante para tratar el "*linfoma no Hodgkin*" sin algún costo adicional.

De acuerdo con las pruebas aportadas en el proceso se colige que la atención que requiere el demandante no se limita a la realización de una sesión de quimioterapia sino que comporta además el tratamiento, procedimientos, medicamentos, exámenes clínicos, hospitalizaciones que sean requeridos por el paciente para la recuperación total de su salud, que hayan sido ordenado por el médico tratante. Así mismo se solicita la exoneración de todo tipo de pagos por cualquier concepto, entre los que se encuentran los "Copagos".

Concretamente según el dictamen médico del Dr. Mauricio Lema Medina se ordena el primer ciclo y una cita en tres semanas con hemograma completo²⁸², lo cual hace parte de un tratamiento que "*se repite cada 3-4 semanas una vez recuperados de las toxicidades más importante. La duración de su tratamiento es recomendado por su médico, pero es típicamente de uno 6 meses*"²⁸³.

De esta manera, considera la Sala que el presente amparo no se circunscribe únicamente a los hechos ocurridos durante entre el veintiocho (28) y treinta (30) de diciembre de 2006, sino que su alcance es mucho más amplio, pues con ella se busca obtener el tratamiento integral para el cáncer y la exoneración pagar costos adicionales por concepto de cuotas moderadoras o copagos.

La Sala de Revisión se aparta del criterio acogido por el juzgado de segunda instancia, porque en el presente caso no puede predicarse de modo alguno la carencia actual de

²⁸¹ Folio 10.

²⁸² Folio 11

²⁸³ Folio 10.

objeto, como lo quiere hacer ver la empresa promotora de salud demandada y menos aún ante la palpable vulneración de los derechos fundamentales del usuario declarar la cesación de la misma por sustracción de materia debido a la categoría de la enfermedad, pues si bien es cierto, ya se practicó la primera sesión de quimioterapia de alta toxicidad, debe tenerse en cuenta que se trata de un padecimiento que requiere de un tratamiento bastante largo, delicado, completo y constante, no es posible dejar de lado que estamos frente a una enfermedad de las denominadas catastróficas o de alto costo, en virtud de la cual el joven padece intenso sufrimiento no sólo por la enfermedad misma, sino por los múltiples efectos secundario que conlleva su tratamiento. Al respecto conviene recordar que en el caso de Jorge Armando Ríos el médico tratante indicó que la quimioterapia de alta toxicidad puede acarrear los siguientes efectos secundarios: *"reacciones durante la administración de los medicamentos, náuseas vómito, caída del cabello (temporal), úlceras (llagas) en la boca, diarrea, pérdida o ganancia de peso, disminución de las defensas con fiebre, anemia, disminución de las plaquetas con posibles sangrados, (...) . Algunas de las toxicidades más serias incluyen infecciones, daño en el corazón y la posibilidad de neoplasias secundarias (...)"*²⁸⁴. Por las circunstancias antes expuestas, para la Sala resulta más que probado el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el afectado y la necesidad urgente la intervención del Juez constitucional.

Ahora bien, dado que es necesario establecer plenamente que el hecho generador de la presunta amenaza o violación no se encuentra superado y tal circunstancia no está claramente acreditada en el expediente, bajo ninguna circunstancia puede declararse. Prueba de ello es que por ningún lugar aparece constancia médica que el tratamiento hubiese terminado, lo cual tampoco sería posible porque el mismo médico tratante es quien va a determinar, tiempo después dependiendo la evolución del paciente, así lo encuentra probado esta Sala en la historia clínica. Entonces, como muy bien lo ha hecho entender la Corte Constitucional *"Si existe duda en torno a la verdadera reivindicación de los derechos afectados, el Juez de tutela está en la obligación de emitir un pronunciamiento de fondo, en el sentido de conceder o negar el amparo solicitado. Si ello no ocurre en las instancias respectivas, le corresponde a la Corte en sede de revisión, proceder a revocar la providencia, toda vez que no es jurídicamente viable abstenerse de emitir pronunciamiento cuando las circunstancias que motivaron el ejercicio del derecho de amparo constitucional, aún se mantienen vigentes"*²⁸⁵.

De esta manera, la Sala procederá a resolver el caso y a emitir un pronunciamiento de fondo. Teniendo en cuenta la situación fáctica que ha quedado acreditada la Corte verificará el cumplimiento de las reglas de procedibilidad de la acción de tutela en este caso.

²⁸⁴ Folio 10.

²⁸⁵ Sentencia T-642 de 2006

Para la Corte es claro que la negativa de reconocer el cubrimiento del costo total de los servicios para *"QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD de forma INTRAHOSPITALARIA*, ordenado por el médico tratante de forma urgente por la EPS Salud Total, y los demás procedimientos y medicamentos requeridos para el tratamiento del cáncer que padece, así como la no exoneración de pago de las cuotas moderadoras amenazan el derecho a la salud y la vida del Joven Jorge Armando Ríos.

Esta Sala encuentra, conforme se anotó en las consideraciones generales que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para preservar los derechos fundamentales del afectado, debido a que con la omisión de la entidad demandada de conceder autorización por el 100% del tratamiento y eximirlo con ello del pago de cualquier suma de dinero por este concepto se vulneraron las garantías constitucionales poniendo en peligro incluso su subsistencia.

A pesar de que el tratamiento de enfermedades catastróficas o ruinosas como la que padece el señor Ríos corren por cuenta de Salud Total EPS, siempre y cuando se haya cotizado como mínimo 100 semanas al Sistema de Salud, como quiera que señaló el Representante Judicial de la Entidad Demandada, el afectado sólo había cotizado 80 semanas, la Sala reitera los argumentos expuesto en los párrafos precedentes: la EPS Salud Total vulnera el derecho a la salud y a la vida cuando niega los procedimientos y tratamientos médicos bajo el argumento que el afiliado no ha cumplido con el número de semanas establecidas en la Ley y éste no cuenta con los recursos económicos suficientes para el cubrimiento de los mismos.

De acuerdo con el acervo probatorio obrante en el proceso se concluye que en el caso objeto de revisión, se cumplen las reglas jurisprudenciales en virtud de los cuales por vía de tutela se puede ordenar la prestación de los servicios médicos cuando no se ha cumplido con el período mínimo de cotización:

- A- La falta de *"QUIMIOTERAPIA DE ALTA TOXICIDAD de forma INTRAHOSPITALARIA*, y los demás tratamientos, procedimientos, medicamentos requeridos amenazan el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, pues como lo sostuvo el médico tratante Dr. Mauricio Lema Medina, especialista en Oncología Clínica/Hematología, respecto de la enfermedad que padece Jorge Armando Ríos, la *"quimioterapia con CHOP (Ciclososfamida, Doxorubicina, Vincristina y Prednisolona por 6-8 ciclos"*, tiene *"FIN CURATIVO"* y consiste en *"la administración de medicamentos por las venas u otras vías una o más veces en forma planeada y organizada por su doctor"*²⁸⁶. Este tratamiento se repite cada 3-4 semanas una

²⁸⁶ Folio 10.

- vez recuperados de las toxicidades más importantes. La duración de su tratamiento es recomendado por su médico, pero es típicamente de uno 6 meses*"²⁸⁷.
- B- No está probado en el expediente que dicho tratamiento pueda ser reemplazado por otro que se encuentre en el Plan Obligatorio de Salud y que el sustituto tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el POS.
 - C- No hay duda alguna que se trata de una persona, según lo afirma el demandante, sin prueba en contrario, con absoluta incapacidad económica para costear el pago del porcentaje que exige la EPS Salud Total y de los Copagos, toda vez que Jorge Armando Ríos Restrepo es quien sostiene a la abuela con un *salario mínimo* que devenga como operario en la Empresa Ensamblajes y Fabricación de Antioquia (EFA).
 - D- Queda demostrado en el proceso, que se trata de un médico adscrito a la EPS Salud Total S. A. puesto que en virtud de la expedición de autorización parcial del tratamiento ordenado por el Dr. Mauricio Lema Medina, la Entidad demandada acepta tácitamente tal circunstancia.

En relación con los Copagos resulta claramente procedente la acción de tutela. Por tal motivo, debe esta Sala entrar a determinar si según la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional procede o no la cancelación del copago para el tratamiento de una enfermedad considerada ruinosa o catastrófica.

Es importante resaltar que las líneas jurisprudenciales adelantas por la Corte en relación a la no exigibilidad de las cuotas moderadoras y los copagos que han sido diseñadas, puede aplicarse al caso que actualmente se analiza. De hecho el demandante satisface plenamente todos los presupuestos normativos que excluyen el copago de conformidad a la legislación vigente así:

En consonancia con el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS numeral 4, y el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 que enuncia las enfermedades valoradas como catastróficas o de alto costo (Mapipos) y que por tanto su tratamiento se encuentra aliviado del copago:*a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer (...)*. El joven Jorge Armando Ríos por razones legales no está sujetos al cobro de copagos, el cáncer "Linforma no hodgkin" que padece lo hace sujeto directo del beneficio legal, situación que quedó plenamente demostrada en el proceso.

Así pues, no puede aceptarse la negativa de Salud Total EPS en asumir el 100% del tratamiento integral para el cáncer con la excusa de que el afiliado no cuenta con el número de semanas de cotización requerida, puesto que nos encontramos ante una

²⁸⁷ Folio 10.

enfermedad catastrófica que pone en situación de gran vulnerabilidad al afectado corriendo peligro no solo su salud sino también su vida.

En consecuencia, se procederá a revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín el siete (7) de febrero de 2007 y en su lugar y en su lugar amparar los Derechos Fundamentales del señor Jorge Armando Ríos Restrepo. Así mismo, se confirmará el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal de Medellín el dos (2) de enero de 2007, en los términos de la presente providencia.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión ordenará a la EPS Salud Total S. A, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice el cubrimiento del 100% del costo de los servicios médicos ordenado por el médico tratante para atender la enfermedad catastrófica o ruinosa que padece Jorge Armando Ríos, asimismo realice y garantice la cumplida prestación de los servicios, hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, procedimientos y medicamentos que requiere el paciente para enfrentar el cáncer que padece "linfoma no hodgkin". Lo anterior, a fin de suministrar de manera efectiva el tratamiento integral ordenado por su médico hasta la recuperación total de su estado de salud.

De igual forma, con base en el estudio realizado en los argumentos generales de la sentencia ordenará a la EPS Salud Total A. S. no hacer efectivo el cobro de los Copagos ni Cuotas Moderadoras al señor Jorge Armando Ríos en atención a la enfermedad que padece.

III. DECISIÓN

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el siete (7) de febrero de 2007 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín y en su lugar amparar los Derechos Fundamentales del señor Jorge Armando Ríos Restrepo. Así mismo, CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido el dos (2) de enero de 2007 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal de Medellín, en los términos de la presente providencia.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Salud Total S. A, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice el cubrimiento del 100% del costo de los servicios médicos ordenado por el médico tratante para atender la enfermedad catastrófica o ruinosa que padece Jorge Armando Ríos, asimismo realice y garantice la cumplida prestación de los servicios, hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, procedimientos y medicamentos que requiere el paciente para enfrentar el cáncer que padece "*linfoma no hodgkin*". Lo anterior a fin de suministrar de manera efectiva el tratamiento integral ordenado por su médico hasta la recuperación total de su estado de salud.

Tercero.- ORDENAR a la EPS Salud Total A. S. no hacer efectivo el cobro de los Copagos ni Cuotas Moderadoras al señor Jorge Armando Ríos en atención a la enfermedad que padece.

Cuarto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

3.6.7. Copagos y cuotas de recuperación

Sentencia **T-039/08**.

Protección constitucional frente al pago de copagos y cuotas de recuperación cuando con tal exigencia se desconozcan derechos fundamentales. el derecho a la salud y la seguridad social de los niños son fundamentales por mandato expreso de la constitución. reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente T-1700110

....

5. Protección constitucional frente al pago de copagos y cuotas de recuperación cuando con tal exigencia se desconozcan derechos fundamentales.

En virtud del principio constitucional de la eficiencia se busca la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada,

oportuna y suficiente. Con fundamento en este principio, el legislador estableció las llamadas cuotas moderadoras y copagos con el fin de racionalizar el uso de los servicios de salud, consagrados expresamente en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 y desarrollados principalmente en los Decretos 2357 de 1995, 050 de 2003 y en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Así el referido artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados y afiliadas y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

El Acuerdo No. 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, precisó el objeto de las cuotas moderadoras (Art. 1) y los copagos (Art.2); las primeras se aplican a los afiliados y afiliadas cotizantes y a sus beneficiarios, en tanto que los últimos se aplican únicamente a los afiliados y afiliadas beneficiarios (Art. 3). Estableció también los principios que rigen la aplicación de estos conceptos (Art. 5), así como los servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras (Art. 6) y los excluidos del cobro de copagos, mencionando expresamente, en lo que a este último aspecto se refiere, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o de alto costo (Art.7). Como puede concluirse, el legislador consideró procedente el cobro de las cuotas moderadoras y copagos como mecanismo destinado a: *"racionalizar el uso de servicios del sistema"* (artículo 187 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien, el legislador en procura de mejorar la prestación del servicio de salud a los usuarios del sistema, a través de la Ley 1122 de 2007 dispuso una serie de reformas en los aspectos de racionalización, y mejoramiento en la prestación de este servicio, es así como en su artículo 14 inciso 3° literal a) señaló: *"Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el régimen subsidiado, las personas pobres o vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción(...)."* Adicionalmente en el literal g) se indicó: *"No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados y afiliadas del régimen subsidiado en salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace."* Así, se pretendió brindar una mayor protección a los sectores menos favorecidos en procura de prestar el dicho servicio, sin limitaciones de tipo económico, a aquellas personas que por sus condiciones sociales y económicas así lo requieren.

Por otra parte, el legislador y la reiterada jurisprudencia de la Corporación han establecido que el cobro de las cuotas moderadoras y de copagos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre. En este sentido, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 consagró que *"Los afiliados y afiliadas y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles..."* también aclara que *"en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres"*. Así mismo, la Corte Constitucional al declarar la

exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en sentencia C-542 de 1998, condicionó su constitucionalidad en el entendido que si el usuario del servicio-afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, *"el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes."*

De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado los requisitos necesarios para que proceda la protección constitucional referente al pago de copagos y cuotas de recuperación, toda vez que ésta no procede de manera automática.

Conforme se indicó en la Sentencia T-745 de 2004, la Corte aclaró *"que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes "no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones..., tales condiciones fueron definidas de la siguiente manera:*

"(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.²⁸⁸"

En consecuencia, la cancelación de los copagos son exigencias reglamentarias tendientes a una mejor racionalización de los recursos del sistema de Seguridad Social en Salud; no obstante debe omitirse su aplicación cuando con ellas se desconozca el derecho fundamental a la salud; sin embargo, debe establecerse la incapacidad económica de quien afirma no tenerla para asumir los copagos por la prestación de los servicios médicos.

6. Caso Concreto

En el caso objeto de revisión la señora Ángela Marcela Yopasa Quesada, actuando en representación de su hijo Oscar Yesid Martínez Yopasa quien en la actualidad cuenta con cuatro años de edad, considera que la EPS-S UNICAJAS está vulnerando los derechos

²⁸⁸ Sentencia T-745 de 2004

fundamentales de su hijo, por exigirle la cancelación de copagos y como consecuencia de tal situación, condicionar la atención integral para el tratamiento de la enfermedad que aqueja al menor –BRONCONUEMONIA E HIPERTENSION PULMONAR - al pago de los mismos. Manifiesta que el niño necesita el suministro permanente de oxígeno las 24 horas del día, razón por la cual debe cancelar un copago mensual por el mismo de \$37.000 y por tanto no cuenta con dinero para los medicamentos ni para las consultas con especialista.

La EPS-S UNICAJAS manifiesta que no ha negado el suministro de los medicamentos que alega la accionante, pues no ha encontrado solicitud alguna de los mismos; agrega que lo anterior obedece a que se trata de servicios excluidos del POS-S, los cuales están siendo garantizados por la Secretaría de Salud de Bogotá, tal como lo establecen las normas del régimen subsidiado, específicamente por el Hospital Santa Clara, quien trata al paciente con cargo al Fondo Financiero Distrital de Salud.

Enfatiza en que los lineamientos del contrato celebrado con la Secretaría de Salud de Bogotá, establecen que los tratamientos médicos para las patologías no incluidas en el POS-S, deben ser asumidos por el ente territorial y en las instituciones que tiene el ente contratadas para el efecto; por tanto, los servicios médicos que requiera el menor deben ser prestados por el Hospital Santa Clara, de conformidad con la reglas del régimen subsidiado, es decir, en los servicios incluidos en el POS-S con cargo a la ARS UNICAJAS y en los NO POS-S con cargo a los recursos que administra la Secretaría de Salud de Bogotá.

Sobre lo relacionado con los COPAGOS, manifiesta que como en el presente caso se trata de servicios excluidos del POS-S, el cobro de los mismos no tiene ninguna relación con la ARS UNICAJAS y por tanto, para la protección de los derechos fundamentales elevados por la actora, puede ordenarse al Hospital tratante la exoneración en el cobro del respectivo copago.

Al vincular a la presente acción a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, tal entidad relacionó todas las patologías que aquejan al menor, especificando que se le está prestando atención con cargo al subsidio a la oferta en los hospitales de su red, como la Misericordia, el Santa Clara y otros; y con cargo a la EPS-S UNICAJAS por los procedimientos cateterismo izquierdo y derecho con o sin angiografía, aortograma torácico o abdominal y otros, como consta en las autorizaciones que se adjuntaron al escrito de tutela.

Comenta que los eventos NO POS que pueda requerir inicialmente el paciente, deben ser asumidos por cuenta del mismo, pero advierten que en casos en los cuales el medicamento o procedimiento no se encuentre dentro del POS, existe la posibilidad legal de que la administradora realice el correspondiente Comité Técnico Científico y motivar porqué razón solo esos medicamentos requiere el paciente y proceder a suministrárselos con

posibilidad de recobro al Fosyga. Si el paciente se encuentra siendo tratado por la Secretaría Distrital de Salud, será a esta a quien le corresponda a través de la IPS que atienda al paciente, realizar el procedimiento anotado, pero se aclara que es importante advertir que la Secretaría de Salud no ha tenido conocimiento alguno de solicitud realizada por la representante del accionante.

Finalmente agrega que por todos los servicios de salud que se brinden al paciente, debe cancelar la cuota de recuperación según su nivel, debiendo asumir el 10% del valor de la atención de acuerdo con la contratación efectuada por su entidad con los hospitales y por tanto la acción no está llamada a prosperar.

Por su parte el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, niega el amparo solicitado, al considerar que no existe prueba de que al menor se le haya negado el servicio de salud por parte de la ARS UNICAJAS ni del Hospital Santa Clara, y tampoco hay evidencia de que por falta de copagos o cuotas moderadoras se le haya dejado de prestar el servicio de salud al menor, por tanto, como al menor se le han venido prestando todos los servicios ordenados por el médico tratante, no se le puede amparar un derecho que no ha sido vulnerado por la accionada.

De los hechos esbozados y las pruebas obrantes en el expediente, se extrae que el hijo menor de la accionante, Oscar Yesid Martínez, padece de Bronconeumonía e Hipertensión Pulmonar, por tanto, requiere un tratamiento y recibir oxígeno permanentemente de acuerdo a lo expuesto en la acción de amparo. De igual forma, la accionante manifiesta ser una persona de escasos recursos económicos, añade que por su estado de pobreza extrema no tiene como atender los gastos de salud de su hijo y no cuenta con dinero para cancelar los copagos. Añadió también que se encuentra desempleada, tiene dos hijos más menores de edad y su esposo se encuentra detenido en la Cárcel Modelo de esta ciudad.

Según lo relacionado en el acápite anterior de esta sentencia, y lo consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, se debe presumir la buena fe de la actora, respecto a la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos que conlleva la enfermedad que padece su hijo en la cancelación de los copagos. En este orden de ideas, le corresponde a la entidad accionada, de acuerdo con la jurisprudencia de ésta corporación, controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad.

Por su parte, las entidades accionadas solo manifestaron que el valor exigido por concepto de copagos, era asequible para la tutelante ya que solo es el 10% de la asistencia prestada por todos los servicios de salud que se brinden al paciente, enfatizando en que debe cancelar la cuota de recuperación según su nivel; sin embargo, considera la Sala que dicha presunción no resulta adecuada a la realidad económica de la accionante en mención,

teniendo en cuenta que de acuerdo al material probatorio obrante en la foliatura, la misma asevera ser una persona de bajos recursos económicos, tener otros dos hijos menores, no contar con el apoyo de su compañero por estar detenido en una cárcel de esta ciudad y recibir para su mantenimiento solamente \$20.000 una vez por semana luego de prestar sus labores como empleada doméstica. Tal afirmación, no fue desvirtuada ni controvertida por las entidades accionadas, quienes solo se limitaron a manifestar que es obligación de aquella cancelar los copagos, obligación que se desprende de su calidad de beneficiaria del sistema; con esto en mente, infiere la Corte que opera la presunción de falta de capacidad de pago y debe tenerse por cierta.

Aunado a lo anterior cabe resaltar que, el hijo de la accionante, padece una enfermedad que lo ha aquejado desde su nacimiento y que actualmente requiere de terapias, exámenes, medicamentos, que por simple lógica demandan gastos adicionales; en este sentido ha considerado la Corte, en casos similares al expuesto, que se debe prestar el servicio integral de salud, sin consideraciones de carácter económico y reglamentario, más aún si quien requiere la prestación de estos es un menor de edad.

En este contexto, la exigencia de copagos a la accionante para la realización del tratamiento y la prestación de los servicios de salud a su hijo menor, se convierte en una carga desproporcionada, toda vez que su no pago desencadenaría una grave afectación de su salud y de su vida, puesto que no se le continuaría el tratamiento iniciado para contrarrestar su Bronconeumonía e Hipertensión Pulmonar. Tales circunstancias no fueron tenidas en cuenta por el Juez de instancia, quien se limitó a afirmar que nunca se le había negado la atención en salud al menor.

Ahora bien, atendiendo a que la protección y conservación del derecho a la salud de los menores, en ocasiones precisas escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual, estima la Sala que se deben proteger los derechos constitucionales solicitados por la accionante para su hijo menor, dejando de lado cualquier traba que ocasione alguna afectación de los mismos.

Dentro de este contexto, cabe aclarar que aunque los copagos son exigencias contempladas en la reglamentación que rige las entidades prestadoras de salud para una mejor racionalización de sus recursos, en los casos en que el afiliado no pueda cubrirlos, debe en primer lugar darse aplicación a la Constitución Política cuando con su pago se desconocen los derechos fundamentales de los afiliados y afiliadas.

En el caso objeto de revisión, el derecho fundamental a la salud del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa, debe primar sobre la obligación del cubrimiento de las cuotas moderadoras o copagos, para lo cual deberá protegerse los derechos constitucionales solicitados por la accionante ordenando la prestación de los servicios de manera integral,

como quiera que los derechos fundamentales de aquel están por encima de las reglamentaciones.

En consecuencia, al constatar la vulneración de los derechos fundamentales del menor Martínez Yopasa, esta Sala de Revisión resolverá dar aplicación directa de la Constitución Nacional, dejando de lado las normas legales y administrativas que regulan los copagos y concederá la protección del derecho a la salud del menor. Así las cosas, y como se observa que las dos entidades accionadas están prestando los servicios de salud al menor, se ordenará a la EPS-S UNICAJAS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, cubra todos los servicios y medicamentos incluidos en el POS, que se requieran para el tratamiento integral del menor, sin condiciones de carácter económico o reglamentario y en el mismo término a la Secretaría de Salud Distrital en relación con los tratamientos excluidos del POS, sin condiciones de carácter económico o reglamentario, todo ello en procura de prestar la atención integral de la enfermedad que padece Oscar CESID, habida cuenta que la protección y conservación del derecho a la salud del menor escapa a cualquier discusión de carácter económico y reglamentario, pudiendo repetir contra el FOSYGA, para reponer el valor que haya cubierto la entidad y debía pagar el paciente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá y en su lugar TUTELAR el derecho fundamental a la salud del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa y ORDENAR a UNICAJAS EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, preste los servicios incluidos dentro del POS que requiera el menor, para su tratamiento integral, sin poner como condición el pago de copagos, los que deberá asumir ésta entidad en un 100% de acuerdo a los procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de los médicos tratantes²⁸⁹.

²⁸⁹ Ver sentencia T-524 de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.

TERCERO. ORDENAR a la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, que el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aun no lo ha hecho, preste los servicios de salud excluidos del POS, que requiera el menor, sin poner como condición el pago de copagos, los que deberá asumir ésta entidad en un 100% de acuerdo a los procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de los médicos tratantes²⁹⁰.

CUARTO. ADVERTIR a la EPS-S UNICAJAS y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que podrá repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y que no está obligada legalmente a asumir.

CUARTO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

3.6.8. Procedimiento excluido del POS

Medico particular prescribió la práctica de cirugía y fue negada por la junta médica de la EPS a la cual se encuentra afiliada, por encontrarse excluido del plan de beneficios del pos y, presentar un carácter eminentemente estético. Aplicación excepcional del principio de confianza legítima frente a los requisitos de procedencia de inaplicación del régimen de limitaciones y exclusiones del pos.

Sentencia T-004/08

(Enero 15)

"... 5. El Problema Jurídico.

Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si Compensar EPS está vulnerando o no los derechos a la vida, igualdad, salud y seguridad social de la peticionaria - los últimos dos en conexidad con la vida digna -, al negarle a la accionante la realización de la cirugía ortognática que requiere para corregir la dolencia que le impide masticar apropiadamente y superar su dolor articular, cuando a juicio de la EPS se trata de un procedimiento no

²⁹⁰ Ver sentencia T-524 de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.

incluido en el POS, que no presenta justificaciones funcionales para su realización y que no ha sido prescrito por un cirujano adscrito a esa entidad.

Para responder esta inquietud, la Sala se ocupará de examinar preliminarmente el alcance y contenido del derecho a la salud y su conexidad con el derecho fundamental a la vida, para luego revisar la situación concreta planteada por la peticionaria.

5.1. El derecho a la salud en conexidad con la vida digna.

5.1.1. El derecho a la vida está establecido desde el preámbulo de la Constitución Política como el más trascendente y fundamental de los derechos²⁹¹, concepto no limitado al aliento vital que niega la muerte sino cualificado en la noción de una existencia digna, en los términos del artículo 1º de la Carta. Por eso, el amparo constitucional a la vida protege a los individuos no sólo para evitar la muerte o el menoscabo en alguna función orgánica vital, sino también en eventos de menor dramatismo, que comporten una afectación determinante a la calidad de vida o la dignidad de las personas.

De este modo, si la afectación de la salud vulnera o amenaza derechos fundamentales, ese derecho participa del rango de fundamental por conexidad²⁹² y puede gozar de amparo por vía de tutela, atendiendo cada circunstancia específica.

5.1.2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de diversos regímenes - contributivo o subsidiado-, permite a las personas acceder a prestaciones específicas en salud. En el caso de los afiliados y afiliadas al Régimen Contributivo, el Plan Obligatorio de Salud determina cuáles son los servicios de salud que deben prestar las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S) a sus afiliados y afiliadas, y a su vez, consagra unas exclusiones y limitaciones en la prestación de los servicios, que por lo general corresponden a actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que según el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no tienen por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, o se trata de procedimientos considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios. En lo concerniente al régimen de limitaciones y exclusiones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, esta Corporación ha reconocido que tales restricciones son constitucionalmente admisibles, toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social

²⁹¹ Sentencia T-265 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁹² La Corte Constitucional desde sus inicios, definió la conexidad como aquella vinculación íntima de derechos que no siendo denominados como fundamentales en el texto constitucional, estaban inescindiblemente ligados a los derechos fundamentales, de forma tal que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Ver entre otras las sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-230 de 1999.M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-461 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-389 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

en Salud, habida cuenta de los recursos escasos para la provisión de los servicios que éste contempla²⁹³.

5.1.3. Tanto el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 como el 18 de la Resolución 5261 de 1994, establecen las restricciones y limitaciones que contempla el Plan Obligatorio de Salud -POS- en los servicios que prestan las EPS. En igual sentido, el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 consagra que los costos de los tratamientos o medicamentos no contemplados dentro de la cobertura del POS, deben ser sufragados, en principio, con recursos propios²⁹⁴.

5.1.4. Ahora bien, en aquellos casos en que se requiere asegurar la protección del derecho a la salud en conexidad con otros derechos fundamentales y en atención a que la Constitución prevalece sobre las demás fuentes formales de derecho, esta Corporación ha procedido excepcionalmente a inaplicar la reglamentación que excluye un tratamiento o medicamento del POS, para evitar así que una reglamentación de orden legal o administrativa impida en circunstancia concretas el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales de las personas²⁹⁵.

En tales casos, la Corte Constitucional ha precisado que para inaplicar el precepto legal o reglamentario que excluye un medicamento o un tratamiento, se deben demostrar unos requisitos jurisprudenciales específicos, que tienen el propósito de asegurar, de un lado, la protección de los derechos fundamentales de las personas, y del otro, el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud²⁹⁶. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha considerado entonces, que se deben acreditar los siguientes requisitos, así:

- (i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad de la persona.
- (ii) Que se trate de un medicamento, tratamiento o elemento, que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

²⁹³ Sentencia. T- 662 de 2006 MP. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹⁴ Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹⁵ Ver Sentencia T-150 de 2000. M P. José Gregorio Hernández Galindo; T- 704 de 2004 y T-001 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁹⁶ Entre otras se pueden consultar: T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-488-01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

- (iii) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud, y
- (iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o propuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo²⁹⁷.

De encontrarse acreditados tales requisitos, el Juez constitucional puede exigir a las EPS que adelanten los procedimientos, entreguen los medicamentos o elementos que se requieran para proteger los derechos fundamentales involucrados, autorizando a la entidad correspondiente a repetir contra el Fosyga, los costos previstos que no formen parte del POS. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de los derechos fundamentales o dignidad de la persona, así como la falta de capacidad de pago de los involucrados, sean criterios determinantes para establecer la procedencia o no de la acción de tutela cuando se trate de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.

5.1.5. Por otra parte, en lo que corresponde a la salud oral y temas estéticos, esta Corporación ha sido consistente en considerar que en ocasiones, ciertos elementos o tratamientos de ese carácter que en principio no están incluidos en el POS, pueden llegar a ser concedidos por vía de tutela en situaciones en las que la persona los requiere para restablecer una necesidad funcional que permita asegurar su vida digna. En tales casos, no pueden entenderse como meramente estéticos los procedimientos o tratamientos de tal naturaleza, - a pesar de que tengan consecuencias positivas en ese sentido -, si tienen por objeto permitir la superación de dolores²⁹⁸ o el mejoramiento de problemas funcionales de las personas, que resultan determinantes en su calidad de vida.

En ese sentido, aunque las *prótesis, ortodoncia y tratamientos periodontales*, -expresamente excluidos del POS conforme al artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994²⁹⁹-, no pueden ser

²⁹⁷ Sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.; SU-480 de 1997; T-236 de 1998; T-283 de 1998, T-560 de 1998, T-409 de 2000 y T-704 de 2004. Sentencia T- 704 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra) lo subrayado fuera del texto) T-001 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Se pueden consultar entre otras las Sentencias T- 414 y T- 488 de 2001 y T-207 de 1995, T-042 de 1996 er, sentencia T-757/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver, sentencia T-1204/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹⁸ En oportunidades en que la Corte ha protegido el derecho a la salud en conexidad con otros derechos fundamentales respecto de cirugías aparentemente estéticas, - como en el caso de algunas mujeres que se les diagnosticó "hipertrofia mamaria" y por tanto, requerían de una intervención quirúrgica denominada "mamoplastia reductora", fueron casos en que la Corte constató que tales cirugías no tenía finalidades estéticas sino de recuperación de la salud, dado que la sintomatología que presentaban las actrices de las respectivas acciones de tutela, tales como dolores de espalda, lumbares y de columna, comprometían realmente su salud.

²⁹⁹ El artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, por la cual se establece el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del POS en el Sistema de Seguridad Social en Salud (Mapipos), sobre las exclusiones y limitaciones del POS reza lo siguiente: "En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el

cubiertos por las EPS en atención a que su falta de suministro normalmente no compromete el derecho a la salud o la vida del paciente, lo cierto es que, *"estudiado el caso concreto, si la falta de suministro del tratamiento de ortodoncia compromete la salud, la integridad personal o la vida en condiciones dignas del paciente, y responden a la necesidad de dar solución a los problemas funcionales que padezca el paciente y la protección del derecho a la vida en condiciones dignas"*³⁰⁰, puede eventualmente proceder la tutela.

Vistas las reflexiones jurisprudenciales anteriores, estudiará la Sala de Revisión a continuación la situación concreta de la peticionaria.

6. Análisis del caso concreto.

6.1. Observa la Sala de Revisión que la accionante requiere, conforme a lo enunciado por los odontólogos particulares y por la Junta Médica de la EPS, una cirugía ortognática³⁰¹ denominada *"osteotomía sagital para rotación y retroceso mandibular"*, con el fin de corregir la descompensación odontológica que presenta y avanzar en la rehabilitación oral que necesita para solucionar los dolores articulares que padece y sus problemas de masticación. Ese procedimiento quirúrgico, forma parte de un tratamiento integral iniciado por la actora con un ortodoncista particular, con el propósito de mejorar las funciones de masticar, hablar y lograr una oclusión y articulación correctas, ante la falta de piezas dentales superiores e inferiores.

El tratamiento descrito, que se inició con una fase de ortodoncia prequirúrgica a fin de obtener una correcta colocación de los dientes respecto a sus bases esqueléticas, exige continuar con una cirugía ortognática, que pretende corregir la Maloclusión clase III o prognatismo mandibular de la accionante, para terminar, por último, con la realización de un tratamiento de rehabilitación oral que implica la colocación de unos implantes dentales.

Del acervo probatorio, en consecuencia, se desprende que la situación en que se encuentra la peticionaria en la actualidad, se deriva no sólo de sus condiciones clínicas personales, esto es, de la maloclusión clase III³⁰² y de la ausencia de múltiples piezas dentales, sino de

plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación: k. Prótesis, ortodoncia y tratamiento periodontal en la atención odontológica".

³⁰⁰ Sentencia T-504 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

³⁰¹ Según la literatura médica, la cirugía ortognática permite reposicionar los maxilares de una persona, en su adecuada posición anatómica.

³⁰² La paciente llevaba más de 30 años con ese diagnóstico.

la descompensación odontológica surgida con ocasión del tratamiento de ortodoncia prequirúrgica al que se sometió³⁰³.

6.2. El procedimiento quirúrgico que solicita la peticionaria, en principio, está previsto en el POS bajo el nombre de cirugía ortognática de maxilar superior o inferior³⁰⁴. Sin embargo, el procedimiento es denegado por la EPS Compensar, bajo el argumento de que en el caso de la actora, la cirugía no puede ser autorizada porque no tiene objetivos funcionales sino estéticos, conforme a lo establecido en el Acuerdo 289 de 2005 que afirma que las cirugías plásticas y maxilares con fines reconstructivos funcionales son *"aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema"*.

6.3. Revisado el caso de la accionante, estima la Sala que no obstante que las dificultades de salud oral que padece la demandante no ponen en juego la vida misma de la peticionaria, su salud, integridad personal y calidad de vida sí se encuentran seriamente afectadas por la dificultad que padece para la masticación y la ingestión de alimentos. La falta de varias piezas dentales en sus maxilares superiores e inferiores y la descompensación mandibular que presenta, generan para la señora Insignares un problema oral de envergadura que va más allá de su componente meramente estético y compromete claramente su función de masticación de los alimentos. De ello dan fe tanto el médico particular de la accionante, que sostiene que el tratamiento que se le está practicando tiene el objetivo de permitir *"una adecuada masticación, digestión y fonación entre otros aspectos que en el momento de la consulta inicial se presentan severamente limitados"*³⁰⁵, como la Junta Médica de la EPS que reconoce que en estos momentos la accionante tiene una *"descompensación dental, condición que no permite contactos dentales para la masticación"*. Recuerda la Sala sobre estas limitaciones orales, que en las sentencias T-1276 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis)³⁰⁶ y T-361 de 2005 (M.P. Humberto Sierra Porto)³⁰⁷, esta Corte señaló

³⁰³ Al respecto, en el Acta de la Junta Médica de la EPS se expresa lo siguiente: "(...) inicia un tratamiento de ortodoncia que la lleva a descompensación dental, condición que no permite contactos dentales para la masticación (...)".

³⁰⁴ En la Resolución No. 5261 de 1994, el Artículo 71 que define las intervenciones quirúrgicas y procedimientos de las especialidades de Cirugía Oral y Maxilo-Facial, incluye la Cirugía Ortognática de maxilar superior o inferior, bajo el código 16310.

³⁰⁵ Folio 21, cuaderno 1.

³⁰⁶ Esta corporación estudió en esa providencia, la situación de un afiliado a la E.P.S Saludcoop al que la entidad demandada negó el suministro de una prótesis que requería por la pérdida de 11 dientes del maxilar inferior en un accidente de tránsito, con fundamento en no ser un elemento incluido en el POS. Esta Corporación consideró que si bien en estricto senso la vida del demandante no estaba en juego con esta situación, su salud e integridad personal sí podían verse afectadas por la ausencia de las piezas dentales de su maxilar inferior, ya que su afectación más allá de ser de carácter meramente estético *"compro[metía] aspectos funcionales de su aparato masticatorio"*. Con todo en esa oportunidad la tutela fue denegada, por no existir prueba alguna en el expediente de la capacidad económica del peticionario que permitiera afirmar la imposibilidad de costearse por sus propios medios, la prótesis mencionada.

que la carencia de piezas dentales podía implicar no sólo problemas de orden funcional a nivel de masticación y deglución, sino también desórdenes digestivos que podrían ir en detrimento de la salud de los paciente involucrados. En tales casos consideró la Corte que la ausencia de prótesis dentales necesarias para cumplir con la función de masticación básica en la ingestión de alimentos comprometía la salud e integridad de las personas. Así, si bien en el primer caso reseñado se denegó la tutela por no estar probada la falta de capacidad de pago del peticionario en su situación particular, en el segundo se concedió la tutela, ordenando a la EPS accionada, la realización del tratamiento de rehabilitación oral a fin de proteger los derechos fundamentales invocados.

En el mismo sentido, en la sentencia T-849 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis) se le concedió protección constitucional a una paciente a quien se le diagnosticó periodontitis aguda, - dolencia no incluida en el POS-, por razones de continuidad en la prestación del servicio y porque se concluyó que sin el tratamiento prescrito, *"se verían afectadas su salud e integridad personal, ante la pérdida de sus dientes y la disminución de las funciones de comer y masticar"*³⁰⁸.

Por otra parte, cabe precisar que en el caso objeto de análisis, además de los aspectos funcionales involucrados, la accionante refiere padecer dolor constante y continuado. Así, del acervo probatorio se desprende que tanto el odontólogo particular de la ciudadana como la Junta Médica de la EPS, reconocen que la sintomatología de dolor que ella alega puede desprenderse de sus músculos masticadores y de la articulación temporomandibular, por lo que afirman que es susceptible de solucionarse con el tratamiento de la rehabilitación oral y una oclusión posterior que en la actualidad ella no posee. En consecuencia, concluye la Sala que la condición de la peticionaria sí puede llegar a generar el dolor articular que ella invoca, condición que constituye igualmente una lesión a la calidad de vida de las personas y a su dignidad. De hecho, en ciertas ocasiones

³⁰⁷En esta sentencia, la Corte estudió el caso de un oficial retirado de la Policía Nacional, a quien luego de dos años siguientes a un servicio odontológico, no fue atendido oportunamente, y el tratamiento que se le había realizado originalmente se perdió, por lo que era necesario proceder a la implementación de unas prótesis dentales para lograr la rehabilitación del paciente, cuyo costo él no podía asumir. Dijo la Corte que la carencia de varias piezas dentales afectaba aspectos funcionales del paciente, por lo que se procedió a conceder la tutela de la referencia y a ordenar el tratamiento de rehabilitación oral correspondiente.

³⁰⁸ En este caso, una paciente diagnosticada con periodontitis juvenil aguda, que había sido intervenida quirúrgicamente de manera satisfactoria por el Hospital Naval de Cartagena, alegó la imposibilidad de continuar con su tratamiento ante la negativa de esa entidad de garantizarle un nuevo especialista en el área odontológica, que siguiera con su tratamiento. En esa oportunidad, la Corte concedió la tutela y le ordenó a la entidad "realizar las diligencias necesarias para continuar con el tratamiento odontológico que requ[ería] la demandante". Sobre el particular, pueden consultarse también las sentencia T-543 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se denegó igualmente la tutela de una accionante que solicitaba la remisión a un tratamiento odontológico que se encontraba excluido del P.O.S., - remisión a Periodoncia -, por tratarse en este caso de un hecho superado y porque la accionante sí contaba con recursos para sufragar el tratamiento prescrito y la sentencia T-573 de 2003.

la jurisprudencia constitucional ha llegado a considerar incluso que el dolor persistente no tratado, puede significar para un paciente hasta un trato cruel, *"cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación"*³⁰⁹.

Así, se cumple el primer requisito jurisprudencial que exige que la falta del tratamiento excluido por la reglamentación del POS amenace o vulnere los derechos constitucionales fundamentales a la vida y la integridad de la ciudadana, teniendo en cuenta que la dificultad para masticar y el dolor que padece, inciden negativamente en su calidad de vida y en su integridad, como lo reconocen los especialistas involucrados en el proceso y lo acusa la accionante. De las pruebas aportadas al expediente y de la jurisprudencia invocada, se constata que el problema dental de la accionante no solo compromete aspectos estéticos como lo aduce la EPS, sino que afecta de manera determinante un tema claramente funcional como es la masticación³¹⁰ de la peticionaria, que según el odontólogo particular de la demandante ha *"deteriorado no sólo su calidad de vida, sino que ha incidido negativamente en su salud general"*.

6.4. En segundo lugar, frente al requisito que exige la jurisprudencia de que se trate de un tratamiento o elemento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que pudiendo sustituirse, no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, entiende la Sala que en este caso, el tratamiento a seguir es necesariamente la cirugía descrita y el posterior procedimiento de rehabilitación oral, debido a la descompensación producida por el proceso de ortodoncia.

Así lo confirmó la Junta Médica de la EPS que valoró a la demandante al concluir que la dolencia que presenta *"se puede superar si se reemplazan los dientes ausentes mediante un tratamiento de rehabilitación oral"*. Sin embargo, para adelantar esa rehabilitación, confirmó que se requiere necesariamente la cirugía propuesta, *"por la descompensación producida por el tratamiento de ortodoncia"*³¹¹.

En ese orden de ideas y dado que tanto el odontólogo y el cirujano maxilofacial particular, como la Junta Médica de la EPS coinciden que ese es el tratamiento a seguir por las razones indicadas, entiende la Corte que el propuesto por todos los especialistas involucrados es el tratamiento conducente, esto es, la *"osteotomía sagital para retroceso y rotación mandibular para posterior reemplazo de piezas dentales ausentes"*. Además, la EPS

³⁰⁹. Sentencia T-499/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹⁰ Así lo reconoce la Junta Médica cuando se pregunta: *"¿Se puede conseguir la función de masticación? Para conseguir la función de masticación se necesita reemplazar los dientes ausentes mediante un tratamiento de rehabilitación oral"*.

³¹¹ Se recuerda que en la pregunta 5) del Acta de la Junta Médica de la EPS se dice lo siguiente: *"¿Si la paciente no se realiza la cirugía propuesta puede ser sometida a tratamiento de rehabilitación? No, por la descompensación producida por el tratamiento de ortodoncia"*.

accionada tampoco propuso un tratamiento alternativo incluido en el POS, lo que conduce forzosamente a otorgar certeza jurídica al contenido de las declaraciones y de las pruebas documentales aportadas al expediente sobre la dolencia y tratamiento de la accionante, por lo que sobre este aspecto se considera satisfecho también el segundo requisito jurisprudencial bajo análisis.

6.5. En tercer lugar, en lo concerniente a la capacidad de pago de la peticionaria, el acervo probatorio permite constatar igualmente que la señora Insignares está registrada como beneficiaria de su hija en Compensar EPS y clasificada como estrato 1. A su vez, las pruebas testimoniales y documentales aportadas al proceso (Asobancaria, Instrumentos Públicos, etc.) certifican que la hija es quien mantiene el hogar con un salario mínimo (Carnet del Sisben) y que la peticionaria carece de medios de fortuna como bienes inmuebles, o tarjetas de crédito, etc., para continuar por cuenta propia el tratamiento de rehabilitación oral que requiere. Por lo tanto, esta Corporación encuentra acreditado el requisito jurisprudencial que exige falta de capacidad de pago de la accionante para el cubrimiento del tratamiento solicitado.

6.6. Finalmente, frente al hecho de que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o propuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo³¹², esta Corporación debe hacer las siguientes aclaraciones:

En primer lugar, la Corte ha entendido por médico tratante el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente³¹³. Por lo tanto, para efectos de esta sentencia, se debe preguntar la Sala si puede considerarse cumplida la regla jurisprudencial descrita en materia de existencia de prescripción por el médico tratante, cuando el tratamiento propuesto por un cirujano particular es evaluado voluntariamente por una Junta Médica de una EPS y es denegado por ser ajeno al POS. Sobre este tema, de manera excepcional, frente a la exigencia del médico tratante, la Corte ha admitido la procedencia del amparo tutelar aun cuando el médico que prescribe el tratamiento o medicamento no se encuentra adscrito a la EPS o la entidad de Medicina Prepagada mencionada, por razones de confianza legítima de los pacientes, de continuidad del servicio médico o de protección de derechos fundamentales en el caso de menores de edad.

³¹² Sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.; SU-480 de 1997; T-236 de 1998 ; T-283 de 1998, T-560 de 1998, T-409 de 2000, T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T- 414 y T- 488 de 2001 y T-704 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³¹³ Sentencias T-378 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-749 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por ser particularmente relevante para el caso de la referencia, se recuerda que en la sentencia T-237 de 2003³¹⁴, la Corte ordenó a la EPS accionada suministrar un medicamento requerido por el actor en esa tutela, no obstante no haber sido prescrito por un médico vinculado a esa entidad, en aplicación principio de confianza legítima. Así, el accionante, tras utilizar en varias ocasiones prescripciones médicas de los galenos de la EPS demandada con resultados infructuosos para su dolencia, acudió a un médico no adscrito a la EPS involucrada que le formuló un medicamento efectivo excluido de la cobertura del POS. Dada esta situación y a su incapacidad económica para cubrir el costo correspondiente, solicitó al Comité Técnico Científico de la entidad accionada la autorización del suministro permanente del medicamento prescrito. La solicitud fue contestada negativamente por la EPS accionada, sin objetar que la fórmula provenía de un médico no adscrito a la entidad.

En esa oportunidad, la Corte señaló que:

“[L]a Corte advierte que la asunción voluntaria, por parte de las E.P.S., de obligaciones relacionadas con la prestación del servicio de salud con base en órdenes emitidas por un profesional no vinculado formalmente a estas entidades, genera en los usuarios la convicción objetiva de que aquél es asumido como su médico tratante en los términos de la jurisprudencia constitucional. Por lo tanto, como tal debe tenerse para efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos señalados en la regla sobre la inaplicación de las limitaciones del plan obligatorio de salud.

Esta conclusión no contraviene los pronunciamientos anteriores de esta Corporación sobre la necesaria vinculación entre el médico que emite la orden y la entidad prestadora encargada del suministro del fármaco o procedimiento, como uno de los requisitos para inaplicar las normas del P.O.S., ya que la complementación de la regla jurisprudencial tiene fundamento en la aplicación de un principio, propio de la administración pública, a situaciones propiciadas voluntariamente por la entidad prestadora de salud, que generan el convencimiento objetivo de la titularidad de un derecho y la continuidad en su reconocimiento”.

La sentencia precisó que en la generalidad de los precedentes constitucionales en que ha negado la tutela por ausencia del médico tratante, los accionantes acudían por su cuenta a un médico particular quien prescribía determinados tratamientos, en algunos casos por fuera del plan obligatorio de salud, y estos eran negados por la E.P.S. de manera automática sobre la base de la ausencia de una relación laboral entre ella y el profesional

³¹⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

que había emitido la prescripción. En ningún caso la entidad promotora realizó los trámites necesarios para verificar el diagnóstico del profesional independiente y autorizar o rechazar la entrega del medicamento o la práctica del tratamiento, sino que, de plano, esgrimió el argumento de la inexistencia de nexo contractual para negar lo solicitado.

Bajo tales presupuestos consideró la sentencia que era aplicable a favor del peticionario el principio de confianza legítima, pues la entidad voluntariamente legitimó las prescripciones realizadas por un profesional de la salud no vinculado a ella e hizo suponer que eventualmente el suministro de medicamentos o la realización de los procedimientos podía ser realizado por la EPS como su médico tratante.

La sentencia que se enuncia especificó sobre el particular la siguiente regla:

"[C]uando la entidad promotora ejerce acciones a través de las cuales acepta, de manera voluntaria, la legitimidad de las prescripciones realizadas por un profesional de la salud no vinculado a ella, como serían, por ejemplo, el suministro de medicamentos o la realización de procedimientos, la remisión a especialistas o el sometimiento de tales prescripciones al estudio de un Comité Técnico Científico (...) opera el principio en comento y en virtud de él, el Juez de tutela, al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos para la inaplicación de las normas del plan obligatorio, puede tener a dicho galeno como médico tratante.

9. Con todo, la Sala debe resaltar el carácter excepcional de la aplicación del principio de confianza legítima a la regla jurisprudencial expuesta pues ella debe estar obligatoriamente supeditada a que en cada caso en concreto la entidad promotora de salud haya realizado voluntariamente conductas que generen en los usuarios la convicción objetiva de que aquél es asumido como su médico tratante. En todos los demás eventos, cuando no medie relación contractual y la entidad promotora no haya dado lugar al convencimiento objetivo del usuario, deberá tenerse en cuenta la regla general para la inaplicación de las limitaciones contenidas en el plan obligatorio y, por lo tanto, el amparo constitucional será improcedente".

A su vez, en la sentencia T-504 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se evaluó un caso similar a la situación objeto de estudio en esta oportunidad, en el que una menor de 16 años vinculada a Salud Total EPS se le diagnosticó una mala oclusión dental y se le recomendó visitar a un ortodoncista particular para un tratamiento que exigía una fase de ortodoncia correctiva, retenedores y una cirugía de retroceso más mentoplastia, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En esa ocasión, si bien la accionante acudió originalmente a un médico particular para resolver su dolencia y la EPS accionada alegó que el tratamiento solicitado no había sido prescrito por un médico tratante de la entidad,

la Corte Constitucional consideró que en atención a que la falta de tratamiento podía comprometer la integridad física y la salud de la menor al incidir en su función de masticación, la tutela debía ser concedida. En este caso, el requisito del médico tratante se encontró ajustado a la jurisprudencia, en la medida en que la EPS no ofrecía a sus afiliados y afiliadas posibilidades de atención en servicios especializados de ortodoncia; el odontólogo tratante de la peticionaria originalmente le recomendó consultar a un ortodoncista particular para la corrección de su mala oclusión dental; el ortodoncista particular certificó la necesidad de practicarle los procedimientos ortodóntico quirúrgicos solicitados en la acción de tutela como tratamiento adecuado con el fin de restablecer su función masticadora y finalmente, la entidad demandada no alegó en momento alguno la existencia de otro servicio médico incluido en el Plan Obligatorio de Salud útil para aliviar la dolencia de la peticionaria³¹⁵.

Aunque las circunstancias fácticas de los casos estudiados en las sentencias precitadas difieren en algunos aspectos del caso que ahora convoca la atención de esta Sala, - en especial porque en la primera sentencia fue un Comité Técnico Científico quien estudió el dictamen original de un médico particular y en la segunda providencia se trató del derecho a la salud de una menor -, es posible en todo caso aplicar análogamente el razonamiento empleado por la Corte Constitucional en dichas oportunidades en lo concerniente al cumplimiento del requisito relacionado con la propuesta de tratamiento por parte del médico tratante de la EPS en este caso concreto, por las siguientes razones:

- (i) Los tratamientos de ortodoncia, están expresamente excluidos del POS, conforme a la Resolución 5261 de 1994 artículo 18. En consecuencia, como lo dice la peticionaria y lo ha reconocido la jurisprudencia³¹⁶, los ciudadanos se ven abocados a acudir a odontólogos particulares para lograr la corrección completa de tales padecimientos porque para las EPS son servicios ajenos a sus obligaciones legales. Así lo refiere la accionante en su testimonio, cuando afirma que inicialmente acudió al odontólogo de la EPS pero que allí no se le ofreció una solución integral a su dolencia, como era natural.

(ii) Ahora bien, la accionante sí compareció ante Compensar EPS con el propósito de que su descompensación oral y falta de piezas dentales fuera corregida por esa entidad, mediante la solicitud de la cirugía ortognática propuesta por un médico particular. La EPS

³¹⁵ Dijo la sentencia sobre estas conclusiones lo siguiente: "Con base en estas situaciones probadas en el expediente, esta Sala concluye, entonces, que la peticionaria no tuvo opción diferente a la de acudir, en consulta particular, ante un ortodoncista para recibir la atención, valoración y tratamiento de su mala oclusión dental. De esta manera, exigirle que la orden en la que se incluyen los servicios médicos que reclama sea expedida por un médico especialista tratante que no existe, es anular de plano su derecho, colocándola en estado de total indefensión".

³¹⁶ Sentencia T-504 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería)

no se negó de facto a evaluar la condición de la peticionaria por tratarse de un dictamen de un médico particular, sino que decidió evaluar en diversas oportunidades la decisión de la peticionaria. En consecuencia, la EPS accionada voluntariamente conoció y valoró la situación de la paciente y determinó un tratamiento a seguir, que negó principalmente por no estar incluido en el POS. Bajo ese supuesto, y aplicando el precedente previamente citado, es claro que la entidad accionada al asumir de manera voluntaria el estudio del caso de la ciudadana, se puso en una situación en la que opera a favor de la demandante el principio de confianza legítima, que le hizo suponer, como lo dice la accionante en la apelación, que la entidad conocía su caso y por consiguiente estaba al tanto del mismo, como médico tratante de su situación.

3.7. Por último, considera la Sala que un argumento que podría argüirse en el caso de la referencia, es el de que la accionante por su propia culpa o bajo su propia responsabilidad, se colocó en un tratamiento de ortodoncia ajeno al POS que no podía pagar y ello le generó la descompensación que ahora afecta su funcionalidad al masticar. Bajo esa consideración, siguiendo el argumento, debería ser ella por sus propios medios quien cubra ese procedimiento sin pretender que ahora como el problema es funcional, sea la EPS correspondiente la que tenga que corregir y conceder el resto del tratamiento. La Corte no es ajena a esta observación y reconoce que en atención a la necesidad de asegurar la universalidad y eficiencia del POS, actuaciones poco responsables de los ciudadanos pueden eventualmente implicar hacia el futuro, un desangre del sistema.

Sin embargo, sobre esta objeción recuerda la Corte que sentencias constitucionales anteriores han evaluado la responsabilidad de las personas con respecto a los efectos negativos de tratamientos estéticos excluidos del POS, en los que se le ha señalado a los ciudadanos que no es posible alegar la propia culpa para luego exigir al Estado que éste asuma los costos de los riesgos generados por su propia imprudencia. Precisamente en la sentencia T-676 de 2002, (M.P. Jaime Araujo Rentería), se dijo con respecto a los resultados negativos de una operación de cirugía estética que exigió un exhaustivo tratamiento de urgencias por parte de la EPS accionada que:

"En derecho, nadie puede invocar su propia culpa para beneficiarse y menos aún para pretender que el Estado asuma los gastos por concepto de atención médica requerida por la situación de riesgo en que la misma persona se ha colocado por imprudencia, pues debió prever las consecuencias que traería el sometimiento a este tipo de cirugías, cuyas complicaciones y desenlaces fatales para la vida, son hoy por hoy, de público conocimiento. De asumir el Estado dichos costos, ello implicaría a su vez una disminución de los recursos destinados a atender la salud de la población pobre y vulnerable."³¹⁷

³¹⁷ En sentido similar se pronunció la Corte en la sentencia T-005 de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Con todo, en este caso la objeción que se presenta no desaconseja la protección constitucional, ya que si bien la peticionaria inició por cuenta propia un tratamiento de ortodoncia ajeno al POS, ésta situación en concreto no es comparable con la actuación riesgosa que asume quien se somete a una cirugía de medicina estética, en la medida en que ciertamente la accionante padecía de un problema real de Maloclusión Clase III desde hace aproximadamente 30 años y había perdido múltiples piezas dentales que hacían ya difícil su capacidad masticatoria cuando acudió al ortodoncista. De manera tal que en su caso, ciertamente existía una necesidad real de iniciar el tratamiento de ortodoncia con fines funcionales y no atribuibles exclusivamente a razones meramente estéticas, de lo que se deriva que no es su propia culpa, la causante de la situación que ahora la aqueja.

3.8. En consecuencia, se ordenará a Compensar EPS que proceda a la realización de la operación quirúrgica prescrita a la accionante y que con posterioridad a la realización de esa intervención determine el tratamiento de rehabilitación oral que permita a la ciudadana recuperar su función masticatoria y superar su problema de dolor articular.

III. DECISIÓN

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

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 46 Penal del Circuito de Bogotá el 18 de julio de 2007, dentro del trámite de tutela iniciado por la señora Carmen Linda Insignares Gordillo, contra Compensar EPS.

SEGUNDO.- ORDENAR a Compensar EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho aún, autorice y asuma el valor de la cirugía ortognática que requiere la señora Insignares para el manejo de su dolencia maxilar. Con respecto al tratamiento de rehabilitación oral posterior a la cirugía, éste deberá ser suministrado por la EPS de acuerdo con lo que indique el médico tratante designado por esa entidad.

TERCERO.- RECONOCER que Compensar EPS tiene la posibilidad de repetir contra el Estado a través del FOSYGA, todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO-. Líbrese por Secretaría General, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

3.6.9. Estabilidad reforzada de mujer embarazada

Sentencia **T-530/07**

M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Protección constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Hace parte del mínimo vital. Procedencia excepcional de tutela para el pago. Deber de cotización durante periodo de gestación debe analizarse a la luz de cada embarazo. Pago por allanamiento a la mora por EPS. Término hasta de un año después del nacimiento del niño para reclamar por tutela

Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación.

"... 3. Problema Jurídico

En los casos bajo estudio, la Sala de Revisión analizará si las E.P.S. accionadas, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital de las accionantes y de sus menores hijos recién nacidos, al no autorizarles el pago de la licencia de maternidad. Para ello, será necesario recordar los lineamientos jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional, en relación con temas como i) la protección Constitucional a la maternidad, ii) la procedibilidad de la acción de tutela frente a la reclamación de licencias de maternidad, iii) el deber legal de cotizar durante el período de gestación y el análisis frente a cada caso en concreto, iv) la reiterada posición de la Corte en relación con el allanamiento a la mora en el caso de los pagos de aportes por concepto de cotización en salud, v) el término con que cuenta la madre para reclamar el pago de la prestación económica por concepto de licencia de maternidad, y finalmente, vi) la nueva posición jurisprudencial en cuanto al reconocimiento y pago total o proporcional de la licencia de maternidad según el caso concreto.

4. La protección a la maternidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como principios fundantes del Estado Social de Derecho que orientan la Constitución Política de 1991, sobresalen por su vital importancia el respeto por la vida, la justicia, la libertad, el pluralismo y la igualdad, principios que tienen un mayor desarrollo normativo en cada una de los artículos constitucionales en los cuales se concretan como verdaderos derechos, a efectos de asegurar su efectividad.

De esta manera, el derecho a la vida es esencial para el desarrollo de los demás derechos consagrados en la Carta Política, se apoya para su debido respeto y garantía, en el desarrollo de otros derechos que como la igualdad, consagrada en el artículo 13, que prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, obligando al Estado a promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva", a acoger "medidas a favor de grupos discriminados o marginados" y, finalmente, a proteger "especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".

De esta manera, la Constitución advierte desde un principio que no todas las personas se encuentran en igualdad de oportunidades frente a la Ley, razón por la cual identificó los grupos sociales que por sus condiciones físicas, mentales o económicas se encuentran en una clara desventaja frente a los demás, y en evidente estado de vulnerabilidad. Por ello, la Constitución contiene normas que rompen con esa desigualdad, asegurando una especial protección, y garantizando una igualdad real y efectiva frente a la Ley.

De esta manera se establecieron normas de especial protección respecto de los niños, de quienes se ha señalado que sus derechos prevalecen sobre los demás (Art. 44 y 50)³¹⁸, la especial protección que se debe prodigar por parte del Estado, la sociedad y la familia a las

³¹⁸ El artículo 44 de la Constitución Política dice así:

"ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

"Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". (negritas fuera del texto original)

personas de la tercera edad (Art. 46), el deber del Estado para desarrollar y ejecutar políticas de prevención, rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (Art. 47). Y finalmente, la protección especial que deberá darse a las mujeres durante su embarazo y después del parto, y con mayor razón cuando ésta sea cabeza de familia (Art.43)³¹⁹.

Ahora bien, en relación con la especial protección que se debe dar la mujer embarazada y en período de lactancia, es importante recalcar que dicho amparo tiene desarrollo normativo en múltiples niveles. Por una parte, existe dos ámbitos fundamentales de amparo a la mujer y estos tiene que ver con:

- i) el derecho a obtener el reconocimiento de una prestación económica como parte de su licencia de maternidad, la cual se complementa con la posibilidad de descansar durante un tiempo legalmente establecido a fin de garantizar su recuperación física y de asegurar el desarrollo normal de su hijo durante su primera etapa de la vida, y por otro lado,
- ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada,³²⁰ que garantiza a la madre la posibilidad de asumir su maternidad con responsabilidad y tranquilidad, sabiendo que su derecho al trabajo se verá garantizado mientras cumple con este período inicial como madre, sin ser objeto de discriminación de ninguna índole.³²¹

Ciertamente estos dos ámbitos de protección especial que tienen su origen verdadero en conceptos jurídicos de raigambre constitucional, tienen amplio desarrollo y regulación a nivel legal a través de múltiples normas contenidas tanto en el Código Sustantivo de Trabajo, como en la profusa normatividad de Seguridad Social que se ha desarrollado para tal efecto.

La importancia de garantizar la protección constitucional de la mujer en embarazo, está dada también en la posibilidad de que este derecho se proteja en razón a la conexidad que

³¹⁹ El artículo 43 de la Constitución Política dice:

"ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

"El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia»." (negrillas fuera del texto original)

³²⁰ Sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional.

³²¹ Sentencia T-1913 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño

éste tiene con derechos como la dignidad, la igualdad, al mínimo vital, etc.³²², pudiendo en consecuencia, ser amparados por vía de la acción de tutela.

Pero además, el ámbito de protección dado a la mujer embarazada también involucra al Estado Colombiano en el plano internacional, llevándolo a tomar posiciones muy claras a través de sus diferentes ramas del poder. En efecto, la Corte Constitucional al pronunciarse en relación con la constitucionalidad de artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, y 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968,³²³ dijo:

"Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que *'la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales'*. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que *'se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.'* Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la Ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar *'todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo'* a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, *'el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano'*. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo."³²⁴

De la misma manera indicó:

"En el mismo artículo 11 numeral 2º literal b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se consagra que los Estados deben *'implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales'*; y más adelante en el artículo 12 numeral 2º. se recaba en el deber del Estado de suministrar servicios adecuados y garantizar la nutrición durante el embarazo, el parto y el post-parto."³²⁵

³²² Sentencia T-1013 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³²³ En dicha providencia, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte declaró la constitucionalidad de las normas demandadas condicionando su exequibilidad al entendimiento de que el despido debía siempre estar autorizado por el Ministerio del Trabajo, quien debía verificar la existencia de la justa causa de terminación del vínculo laboral.

³²⁴ Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³²⁵ Sentencia T-640 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

De esta manera, luego de sentar su posición en materia de control constitucional, la Corte ha sido coherente al garantizar en varios de sus fallos de tutela, la primacía de los derechos constitucionales frente a normas legales que exigen el cumplimiento estricto de requisitos meramente formales con los cuales se asegure la protección especial a la mujer embarazada o en lactancia y a su hijo recién nacido.

Pero ciertamente, la especial protección instituida en todos los ámbitos legales respecto de la mujer embarazada y de su hijo recién nacido, ha de materializarse con mayor razón y de manera irrestricta, en aquellos casos en los cuales su desprotección o el desconocimiento de dichas garantías fundamentales, pongan en peligro otros derechos como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital entre otros.

En efecto, la Corte ha sido muy prolífica en su jurisprudencia de tutela³²⁶ en relación con aquellos casos en los que ha protegido por esta vía judicial excepcional, el desconocimiento de las garantías especiales de las mujeres embarazadas o que han dado a luz recientemente, a quienes les han negado la posibilidad de reclamar el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad, en tanto dicha suma de dinero aseguraba su mínimo vital y el de su hijo. Así, en sentencia T-788 de 2004, la Sala Segunda de Revisión de la Corte señaló:

“el pago de la licencia de maternidad, tal como sucede con el resto de acreencias laborales, sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se hayan cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.”³²⁷

³²⁶ La Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia en los siguientes casos: T-270 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-662 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-210 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-365 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-558 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz; T-805 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-467 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-706 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-765 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-950 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-978 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1081 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1090 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-157 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-158 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-159 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-160 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-694 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-736 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1002 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-707 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-880 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-885 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-206 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-323 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³²⁷ Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.

Pero ¿qué se ha entendido entonces como la afectación del mínimo vital como consecuencia del no reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad? Sobre el particular la Corte en sentencia T-408 de 2006³²⁸, dijo lo siguiente:

"Al hablar de mínimo vital se hace referencia a un derecho constitucional innominado que se desprende de una interpretación sistemática del estatuto Superior y que se puede definir, en términos generales, como la garantía de un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna, con las condiciones suficientes para desarrollar aquellas facultades de las que puede gozar la persona humana³²⁹.

"Se trata, entonces, de un concepto amplio y pragmático que debe interpretarse siempre de manera extensiva, más no restrictiva. Su contenido, aunque indeterminado, ha sido delimitado progresivamente por esta Corporación, al circunscribirlo no solo a las necesidades básicas de alimentación y vestuario, sino también a las relativas a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente³³⁰.

"(...)

"Finalmente, y tan importante como los desarrollos ya mencionados, es el carácter cualitativo y específico de este derecho, lo que se traduce en que la determinación del mismo obedece a la valoración de las necesidades básicas de los peticionarios involucrados en cada caso, en particular, con base en criterios metodológicos cualitativos y flexibles, más allá de los cuantitativos y rígidos. A partir de esta importante consideración, se introdujo el adjetivo congrua para cualificar el verbo subsistencia y así condicionar el contenido del mínimo vital de las personas, a su nivel de vida acorde con su posición social³³¹

"(...)

"En consecuencia, no es preciso ni acertado sostener que no se afecta el mínimo vital del núcleo familiar de la Señora Calderón Mendoza cuando no le es cancelada completa y oportunamente la licencia de maternidad a que tiene derecho. Al contrario, por estar condicionada la delimitación de este derecho fundamental, en cada caso particular, al nivel de vida de la persona afectada, acorde con su posición social, es forzoso concluir que al desaparecer la única fuente de ingresos de la peticionaria durante cerca de tres (3) meses, disminuye ostensiblemente para ella, la posibilidad de mantener las condiciones de

³²⁸ Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

³²⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-426 de 1992, T-125 de 1994 y T-458 de 1997, entre otras.

³³⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-011 de 1998, SU-995 de 1999 y T-1006 de 1999, entre otras.

³³¹ Corte Constitucional, Sentencias T-146 de 1999, T-1103 y SU 1354 de 2000, entre otras.

subsistencia suyas y de su familia con el mismo rango de favorabilidad en que se encontraban antes del alumbramiento."

Establecida de esta manera, la especial protección constitucional a la mujer embarazada, es pertinente abordar el tema relativo a la procedencia de la acción de tutela en el caso de las licencias de maternidad.

5. Procedencia de la tutela en casos de licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

Definida como se hizo en el inciso anterior, la especial protección de la mujer embarazada o en lactancia y de su hijo recién nacido a nivel constitucional y legal, resulta igualmente importante hacer mención ahora, de la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo judicial apropiado para reclamar el pago de la licencia de maternidad, entendida ésta, como factor económico que materializa el derecho a la protección constitucional de la mujer embarazada.³³²

En lo referente al pago de la licencia de maternidad, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

"1. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad configura un derecho fundamental por conexidad y por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.³³³

"2. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el Juez de tutela.³³⁴

³³² El derecho al reconocimiento y pago del descanso por maternidad o licencia de maternidad, se encuentra consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993, que establecen que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce (12) semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso.

³³³ Ver entre otras Sentencias, la T-175, T-210, T-362, y T-496 de 1999, T-497 y T-664 de 2002.

³³⁴ Sentencias T-568 de 1996, T-270, T-567 y T-662 de 1997, T-104, T-139, T-210, T-365, y T-458 de 1999, T-258, T-467 y T-1168 de 2000, T-736 y T-1002 de 2001 y T-707 de 2002.

"3. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

"4. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia.³³⁵

De esta manera, es claro, que la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo judicial para lograr el efectivo pago de la licencia de maternidad, resulta de la necesidad de procurar la protección de una prestación de orden laboral de la cual depende la garantía de derechos fundamentales como el mínimo vital, la protección especial de los derechos fundamentales de los niños y la vida en condiciones dignas entre otros.

6. El deber de cotizar durante el período de gestación debe analizarse en cada caso específico

De acuerdo con el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, el reconocimiento de la prestación económica por maternidad requiere que la afiliada haya cotizado al Sistema General de Seguridad en Salud (SGSSS), como mínimo, durante todo el período de gestación.

En la Sentencia T-520 de 2006³³⁶, la Corte Constitucional señaló que a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas (36), se han presentado embarazos de menor duración o prematuros. Al respecto se indicó lo siguiente:

"Si bien la normatividad para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de las E.P.S. establece que para tener derecho al pago se debe haber cotizado durante todo el período de gestación, el cumplimiento de tal requisito debe analizarse a la luz de cada embarazo. Lo anterior, pues a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas, pueden presentarse embarazos de menor duración o prematuros.

La Sala constata que, en efecto, en los términos en los cuales está establecido el mandato de pago de todo el período de gestación no se establece un tiempo predeterminado de embarazo en meses o semanas.

³³⁵ Sentencias T-458 de 1999, T-765, T-906, T-950, T-1472, y T-1600 de 2000, T-473, T-513, T-694, T-736, y T-1224 de 2001, T-211, T-707 y T-996 de 2002 y T-922 de 2004.

³³⁶ Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

En efecto, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 indica:

‘Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.’

Además, el Decreto 047 de 2000, artículo 3, numeral 2, señala:

‘Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

‘(...)

‘2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso (...).’

De tal manera, las entidades prestadoras de salud tienen la obligación de estudiar las circunstancias de cada caso específico para exigir el cumplimiento de cotización durante el período de gestación.³³⁷

Pero además, la Corte ha señalado en varias oportunidades que en relación con el alcance que se le debe dar al artículo 63 del decreto 806 de 1998 y al mismo artículo 3 del Decreto 047 de 2000, se ha considerado que dichas disposiciones imponen *“un requisito que hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido.”*³³⁸

Sobre este punto, la misma Corte³³⁹ se ha pronunciado en varias oportunidades señalando que en aquellos casos en los cuales las entidades encargadas de reconocer y pagar la

³³⁷ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-1243 de 2005. Entre otras Sentencias se pueden consultar las siguientes: T-906 de 2006, T-053 de 2007 y T-122 de 2007.

³³⁸ Sentencia T-139 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³³⁹ La Corte Constitucional en sentencias T-075, T-157 de 2001, T-161, T-473, T-572, T-736, y T-1224 de 2001 y T-702 de 2002, entre otras, con el fin de hacer efectiva la especial protección de la cual goza la mujer, no sólo durante el período de gestación, sino después del parto, de manera excepcional ha considerado que la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, cuando ante la ausencia del mismo se

prestación económica por licencia de maternidad, niegan tal reconocimiento, justificadas en el hecho de que las afiliadas no cumplen con los requisitos formales legalmente establecidos (pago oportuno, o pagos durante todo el tiempo de la gestación), en ciertos casos habrán de inaplicarse dichas normas, en aras de garantizar, no solo la protección oportuna y eficaz de derechos de orden constitucional, sino que también se hará en procura de asegurar la primicia de lo sustancial sobre lo formal.

"... la negativa de la entidad demandada en reconocer y pagar esta prestación, se fundaba en un argumento formal que pretendía hacerse prevalecer sobre el derecho sustancial al descanso remunerado en la época del parto. Para la Corte, además existía duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el período de la gestación, como quiera que los demandados no probaron que la peticionaria estaba embarazada en el mes de febrero de 2002; duda que no podía ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de sus menores hijas³⁴⁰. En suma, para la Corte, el requisito exigido legalmente de haber cotizado durante todo el período de la gestación, no puede aplicarse de manera mecánica, pues el hacerlo, en algunos de los casos, provoca que el derecho a la prestación económica referida a la licencia de maternidad sea inocuo. Por esta razón, en el caso que fue objeto de revisión, la Corte, aplicó las normas constitucionales que constituyen el plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para sus hijos menores de un año."³⁴¹

7. Allanamiento a la mora

Reiterada ha sido la posición de la Corte en relación con la negativa de las entidades prestadoras de salud -E.P.S.-, de pagar la licencia de maternidad, justificadas en un pago inoportuno o extemporáneo de las cotizaciones, lo que a su modo de ver, y aplicando de manera mecánica la normatividad legal sobre el asunto, las libera de la responsabilidad legal de asumir dicha carga económica. La Corte ha sido clara en señalar que si las entidades de salud no manifiestan su inconformidad al momento en que se efectúa el pago "extemporáneo", no podrán posteriormente alegar estas circunstancias como causa suficiente para negar el reconocimiento de la licencia de maternidad, pues en estos casos, se estaría ante un allanamiento a la mora, originada en la propia negligencia de la entidad en exigir de sus afiliados y afiliadas el pago oportuno de las cotizaciones, máxime cuando ésta dispone de los medios legales para hacerlo.

vulnera de manera directa el mínimo vital no sólo de la madre sino del recién nacido, dado el carácter prevalente de sus derechos.

³⁴⁰ Sentencia T-304 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁴¹ Sentencia T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Porto Sierra.

La sentencia T-921 de 2005³⁴², en relación a la teoría del allanamiento a la mora, señaló lo siguiente:

"... 'aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la E.P.S. demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la E.P.S. demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora...' (Sentencia T-921 de septiembre 21 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

"La jurisprudencia de esta Corte ya ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora patronal por parte de la E.P.S.. específicamente en la sentencia T-458 de 1999³⁴³, en casos de negación de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, pues se consideró que:

'...en aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes' la E.P.S. no puede desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría 'una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador'³⁴⁴. Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, 'pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social'."³⁴⁵

8. Término para reclamar el pago de la prestación económica por concepto de licencia de maternidad.

En relación con la oportunidad para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Corte ha igualmente variado su posición. En efecto, inicialmente se consideraba que el plazo adecuado para reclamar el reconocimiento de este derecho

³⁴² Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴³ Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

³⁴⁴ Sentencia C-177 de 1998, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

³⁴⁵ *Ibidem*.

prestacional estaba dado en el término mismo de duración de la referencia licencia de maternidad, es decir, se disponía de ochenta y cuatro (84) días para adelantar dicha reclamación por vía de tutela, actuación que pretendía no solo materializar un derecho de carácter prestacional, sino a su vez garantizar de manera concreta el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

"Es por lo anterior que la Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991.

Así lo expuso la sentencia T-075 de 2001, al señalar:

'Para la fecha en que se admitió la demanda de tutela, ya se había cumplido el término de la licencia, pues según solicitud allegada al expediente, esta se reconocería por un período de 84 días. Bajo esta circunstancia, advierte la Sala que el daño que pudiera aducir la peticionaria ante la negativa de la entidad promotora de salud en cancelar la prestación económica de autos, ya se consumó, no resultaba pertinente la protección inmediata con el fin de evitar un perjuicio ya causado, pues cabe recordar que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela opera 'cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado'. Así las cosas, en este evento, la accionante deberá acudir ante la justicia ordinaria para que satisfaga sus pretensiones económicas'³⁴⁶.

"Posteriormente, en sentencia T-1013/02³⁴⁷ M.P. Jaime Córdoba Triviño reiterada por la sentencia T-118/03³⁴⁸ la Corte Constitucional recogió la doctrina aplicada en estos casos de la siguiente manera:

'La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor

³⁴⁶ Sentencia T-1224/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis

³⁴⁷ En este caso la Corte niega el pago de la licencia de maternidad, en tanto la tutela se interpuso el 31 de julio de 2002, fecha posterior a la finalización del término de licencia de maternidad, que comprendió del 11 de marzo de 2002 al 2 de junio del mismo año. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁴⁸ La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido, la sentencia T- 029 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

en el período posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este período, la licencia pierde tal carácter.

‘Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

‘a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

‘b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991³⁴⁹.’

“A juicio de esta Sala, se justificó mantener el anterior criterio por cuanto se consideraba que el reclamo del pago de la licencia de maternidad por vía de tutela, exigía un término razonable en aquellos casos en los cuales ésta se negaba por parte de la E.P.S. respectiva. Dentro del término de los 84 días de la licencia, dijo la Corte, el derecho a la licencia de maternidad, adquiere el carácter de derecho fundamental susceptible de protección constitucional, por cuanto se presume que la madre necesita el pago de lo que constituiría su salario, para poder atender las contingencias del parto y los cuidados del menor recién nacido.

No obstante, este plazo que inicialmente se apreciaba como razonable se transformó posteriormente en una limitante para el efectivo reconocimiento de tal prestación a favor de las madres, y fue empleado con el tiempo en un requisito casi insalvable exigido por las entidades encargadas de reconocer tal prestación.

³⁴⁹ Este criterio fue utilizado en la sentencia T-075/01 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, al indicar que “en el presente caso se tiene que para la época en que se admitió la demanda de tutela -12 de junio de 2000-, ya había expirado el tiempo de licencia, pues según consta en el expediente (folio 4), aquélla principió el 17 de marzo de 2000. En consecuencia, el daño que pudo haber sufrido la peticionaria y su hijo ya se consumó y, por tanto, como bien lo estimó el juez de instancia, no resultaba pertinente la protección inmediata con el fin de evitar un perjuicio ya causado, pues cabe recordar que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela opera “cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado”.”

Por ello, en sentencia T-999 de 2003, la Corte desarrolló un nuevo planteamiento en relación con el término oportuno dentro del cual el reconocimiento de esta prestación, era lo suficientemente razonable para garantizar el efectivo reconocimiento del mismo.

"Sin negar en ningún momento la solidez de la argumentación que sirvió de soporte a la anterior jurisprudencia, y teniendo presente que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondían al término legal de su licencia, considera en esta ocasión la Sala, que la anterior garantía se fue convirtiendo con el paso del tiempo, y por un aprovechamiento injustificado de esa jurisprudencia de parte de las E.P.S., en un formalismo insalvable para la protección efectiva de una cuestión de talante sustantivo como son las condiciones para proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y al bebé recién nacido.

"Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el Juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

"Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido. (...)"

Posteriormente la misma sentencia indicó:

Lo primero que debemos advertir es que el plazo no puede ser tan perentorio que haga irrito o nugatorio el derecho que ya se tiene.

"El plazo no puede desconocer valores, principios o normas constitucionales como los artículos 43 que establece que después del parto la madre goza de especial protección del Estado; o el 53 que reitera la protección especial a la maternidad; o el artículo 44 que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás o el artículo 50 que manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año.

"Observa la Corte que se trata de un caso especial de protección, doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, que es mayor que la suma de los factores que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse en todos sus aspectos y en su unidad.

"No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación."

9. Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional de la licencia de maternidad según las semanas cotizadas durante el período de gestación.

Jurisprudencialmente, el problema jurídico derivado de la necesidad de proteger los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas que acaban de dar a luz y a quienes no se les quiere reconocer su prestación económica por licencia de maternidad, ha ido evolucionando en el sentido de ser cada vez más garantista, sin olvidar que para que la acción de tutela sea procedente en estos casos, deberá estar probada la vulneración de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital de quienes reclaman tal protección.

Inicialmente, la Corte había señalado que si las afiliadas al SGSSS no cumplían con el pago completo de sus aportes durante todo el período de gestación, la acción de tutela no era viable y la licencia de maternidad se negaba, excepto cuando estuviere probado que el no pago vulneraría el derecho al mínimo vital de quien reclama dicha prestación.

Posteriormente, advertido el hecho de que se haría nugatoria la protección constitucional especial otorgada a las madres, se consideró que la ausencia de pago de aportes durante cortos períodos durante el tiempo de la gestación, no podría ser argumento suficiente para no proteger por vía de tutela los derechos fundamentales al mínimo vital, tanto de la

madre como del *nacisturus*, razón por la cual se procedió a amparar por esta vía judicial excepcional el pago de tal licencia de maternidad.

Sin embargo, abierta esta brecha, los casos en los que las cotizaciones no coincidían con el período de gestación, y por ser aquellas ligeramente menores, se multiplicaron y fueron haciéndose más comunes.³⁵⁰ Es decir, ya no faltaban por cotizar algunos días, sino que se daba el caso de faltar semanas completas de cotizaciones y en algunos casos varias semanas en su conjunto, lo que fue generando pronunciamientos por parte de la Corte, cada vez más proteccionistas, en detrimento del cumplimiento de los requisitos formales exigidos para que el derecho prestacional se pudiera pagar adecuadamente.

De esta manera, se concedieron tutelas en las que se habían dejado de pagar tan solo 11 días o 21 días³⁵¹, para pasar a amparar derechos fundamentales en casos en los que la madre reclamante había dejado de cotizar por más de un mes y hasta casi 3.6 meses como ocurrió en la sentencia T-1205 de 2005³⁵², caso en el cual la E.P.S. Colmédica demostró que la accionante "...solamente cotizó aproximadamente 23 semanas (5.3 meses) de las 37 (9 meses) requeridas para el pago de la misma". En este caso, aún cuando la accionante había realizado cotización por un período muy breve, se ordenó de todos modos amparar sus derechos, y se procedió a ordenar el pago de la referida licencia de maternidad.

De esta manera se puede considerar entonces que:

"....Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud no está facultada para denegar el reconocimiento de una licencia de maternidad con fundamento en el pago de manera interrumpida o extemporánea de las cotizaciones de la afiliada, toda vez que prevalecen las cláusulas constitucionales de protección a las mujeres y a los niños, a las que están sujetas no solamente las autoridades públicas sino también los particulares, en este caso las E.P.S. y, en consecuencia, si la entidad persiste en denegar el reconocimiento de las licencias y con ello afecta los derechos fundamentales, le corresponderá al Juez constitucional en cada situación, garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas a través de sus pronunciamientos".³⁵³

³⁵⁰ Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1010 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-931 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

³⁵¹ Sentencia T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

³⁵² Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

³⁵³ Ver sentencia T-1168 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Ante esta situación, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte, en sentencia T-1243 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, consideró pertinente establecer una variable a la línea jurisprudencial que ya se venía siguiendo, en el sentido de establecer un criterio de proporcionalidad, que garantizara un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de un derecho prestacional que garantizaría el respeto de derechos fundamentales de orden constitucional, frente a la necesidad de asegurar una la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes y el equilibrio económico del SGSSS.

Ciertamente, la misma Corte había advertido que ordenar el reconocimiento de una licencia de maternidad cuando el requisito de exigir aportes por cotización en un número similar de semanas al del período de gestación de la madre no podía aplicarse de manera mecánica y por igual a todos los casos, no pondría en peligro el equilibrio financiero del SGSSS; sin embargo, si esta circunstancia se llega a presentar de manera más repetitiva y en una mayor escala, podría tornarse en desequilibrante y afectar el SGSSS, poniendo en peligro de esta manera el futuro reconocimiento de esta misma prestación social a futuras madres en igualdad de circunstancias.

Ante esta difícil situación, se advirtió que si bien en algunos caso las afiliadas no lograban cumplir con todos los requisitos legalmente establecidos para reclamar el pago de la licencia de maternidad, no podía entrar a garantizarse su derecho prestación a la licencia de maternidad, sin que se diera una proporcionalidad en el pago de la misma, calculada según el número de semanas efectivamente cotizadas.

"6. La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela³⁵⁴.

³⁵⁴ Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), señaló lo siguiente, reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz): "(...) la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel "no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño". Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención". (Los pies de página contenidos en esta cita fueron omitidos).

"Es así como en oportunidades anteriores, en los que la Corte ha constatado la afectación del mínimo vital de la trabajadora y de su hijo recién nacido, ésta ha procedido a ordenar a la EPS a la que se encuentra afiliada, el pago de la licencia de maternidad correspondiente, a pesar de que la trabajadora no haya cotizado durante todo el tiempo del embarazo (Decreto 47 de 2000, Art. 3, Num. 2), por haber cambiado de trabajo durante la gestación, y existir entonces un lapso en el que no tenía un empleador que fuera responsable del pago de sus cotizaciones³⁵⁵.

"En tales casos donde el lapso de no cotización es breve - inferior a un mes de los nueve que dura usualmente un embarazo- en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido, esta Corporación ha dado aplicación prevalente a los artículos 43 y 53 de la Constitución y ha ordenado el pago de la licencia de maternidad.

"7. Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes mencionada, en el caso de la señora Aracelys Olave Charris se debe revisar si se presenta una vulneración del derecho al mínimo vital de ella y de su hija Jazmín Carolina, por el no pago de la licencia de maternidad.

"7.1. La Corte Constitucional ha señalado que se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo³⁵⁶ o cuando el salario es su única fuente de ingreso³⁵⁷, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor³⁵⁸.

³⁵⁵ Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1010 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-931 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

³⁵⁶ Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-158 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-1081 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-241 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁵⁷ Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-641 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1013 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-365 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz y T-210 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁵⁸ Sentencia T-999 de 2003 (MP: Jaime Araújo Rentería) "No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación". En el mismo sentido, ver también entre otros, los siguientes fallos: T-640 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-605 de 2004,

"7.2. En el caso que se revisa se tiene que la señora Aracelys Olave Charris devenga mensualmente un salario mínimo y nadie ha alegado que además de su salario tenga otra fuente de ingreso. La accionante señala que es madre cabeza de familia y está probado en el expediente que es madre de la menor Jazmín Carolina Morales Olave, quien a la fecha tiene casi 17 meses de nacida. Se comprueba adicionalmente que para la fecha en la que interpuso la acción de tutela (junio 3 de 2005) no había transcurrido más de un año desde el nacimiento de su hija (julio 1 de 2004).

"Dados estos hechos, se concluye que el no pago de la licencia de maternidad vulnera el mínimo vital de la señora Aracelys Olave Charris y de su hija Jazmín Carolina.

"En estas condiciones, sería desproporcionado concluir que la accionante ha perdido su derecho, por no haber cotizado durante 17 días - tiempo en el que estuvo sin empleo- si se tiene en cuenta, por una parte, que la señora Aracelys ha estado afiliada a la EPS demandada desde septiembre de 2003, y que, salvo el mencionado lapso de 17 días, ha pagado de manera continua las cotizaciones correspondientes.

"De otro lado, se debe anotar que en el caso que se revisa, resultaba desproporcionado exigirle a la accionante que durante los 17 días que estuvo sin empleo, se afiliara al sistema de seguridad social como trabajadora independiente, y pagara la cotización correspondiente³⁵⁹.

"Finalmente, se debe tener en consideración, que dadas las circunstancias antes analizadas (v.gr. afiliación al régimen contributivo de salud durante más de un año y medio, existencia de un período inferior a un mes sin cotizar y salario mensual correspondiente a un salario mínimo), no se aprecia que el pago de la licencia de maternidad de la accionante genere un desequilibrio al sistema de seguridad social en salud en su conjunto.

"Por tal razón, y teniendo en cuenta la afectación del mínimo vital de la accionante y de su hija a la que ya se hizo mención, se ordenará a Famisanar EPS que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Aracelys Olave Charris la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija Jazmín Carolina, de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo, es decir, se

M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-1155 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-1014 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁵⁹ De acuerdo con el artículo 66 del Decreto 806 de 1998, la cotización en salud de los trabajadores independientes no podrá ser inferior al 12% del equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ordenará a Famisanar EPS que le pague a la accionante el 93.7% de la mencionada licencia de maternidad³⁶⁰.

De esta manera, se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006³⁶¹. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007³⁶² en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007³⁶³, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que "en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación"³⁶⁴.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento. (100%).

³⁶⁰ Si se tiene en cuenta que durante su embarazo, la accionante cotizó 253 días al sistema de seguridad social en salud y que de haber cotizado durante los 270 días de la gestación tendría derecho al 100% de la licencia de maternidad, se concluye que de acuerdo con el tiempo que cotizó durante la referida gestación, es proporcional que la accionante reciba el 93.7% de la licencia de maternidad.

³⁶¹ Magistrado Ponente Álvaro tafur Galvis.

³⁶² Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁶³ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁶⁴ *Ibidem*.

De esta manera, y atendiendo los anteriores criterios cuya razonabilidad justifica su aplicación, esta Sala de Revisión aplicará a los casos aquí revisados dicha posición jurídica.

9. ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

En los casos objeto de revisión, se advierten como razones comunes a todas las reclamaciones hechas por las demandantes, las siguientes:

- i) Las accionantes manifiestan la urgencia del pago de la licencia de maternidad, pues ésta se erige en el único medio de subsistencia con que cuentan para el sostenimiento suyo, el de su hijo recién nacido, y en algunos caso para el sostenimiento de otras personas a su cargo, lo cual hace más gravosa la situación económica de sus hogares;
- ii) Las accionantes son personas cuyas cotizaciones se hicieron en su gran mayoría teniendo como Ingreso Base de Cotización (IBC) un salario mínimo mensual legal vigente (SMMLV), y en algunas ocasiones ingresos menores o levemente superiores, aclarando que las accionantes eran trabajadoras independientes, dependientes o desempleadas;
- iii) Todas las accionantes reclamaron de manera oportuna el pago de la licencia de maternidad, entendido este concepto de oportunidad, como que la reclamación se hizo dentro del marco de temporalidad ya planteado por la Corte Constitucional en sentencia T-999 de 2003), es decir dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho generador de la reclamación de la licencia de maternidad, es decir del momento del parto;
- iv) En la gran mayoría de los casos las accionantes no realizaron cotizaciones al SGSSS durante un lapso de tiempo igual al de la gestación, caso por lo cual habrán de aplicarse los criterios recientemente desarrollados por la Corte en relación con el reconocimiento total o proporcional de la licencia de maternidad.

Por su parte, las E.P.S. demandadas afirmaron que no autorizaron el pago de la licencia de maternidad a las accionantes en razón a que éstas no habían realizado los aportes durante todo el período de gestación, en algunos casos, en otros que dichos aportes habían sido extemporáneos, o que se dio su desafiliación al SGSSS durante el tiempo en que gozaban de la licencia de maternidad, no cumpliendo de esta manera con lo dispuesto en las normas de rango legal que regulan el tema dentro del Sistema General de Seguridad Social.

Conforme a lo manifestado por las accionantes y las entidades de salud demandadas, la Sala encuentra probado lo siguiente:

- i) En aquellos casos en los que los aportes se hicieron durante todo el tiempo que duró la gestación, y que estos se hicieron extemporáneamente, se ordenará el pago de la licencia de maternidad de manera completa, en razón a haberse configurado la figura del allanamiento a la mora por parte de la E.P.S. accionada.
- ii) En aquellos casos en los que las cotizaciones hechas por las accionantes fueron incompletas, discontinuas o no coincidieron en el mismo número de semanas que su período de gestación, esta Sala de Revisión tomará dos tipos de decisión, así:
 - a) En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%).
 - b) En los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas.

Además, y para efectos de facilitar el estudio de los casos objeto de revisión, se indicará que en aquellos casos en los que se procederá a revocar las decisiones judiciales proferidas, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales invocados como violados, ello se hará como base lo dispuesto por el artículo cuarto de la Constitución Política, que permite inaplicar las normas pertinentes de los Decretos 806 de 1998 (artículo 63), 047 de 2000 (artículo 3º, numeral 2º). Sólo se inaplicará el artículo 4 del Decreto 1406 de 1999 en el caso de la señora Luz Adriana Arboleda Rueda (T-1579127).

En el caso de la señora Cristina Isabel Alfaro Vargas (expediente T-1572922), no se inaplicará norma alguna por cuanto en su caso se está ante un hecho superado.

Establecidos los anteriores lineamientos, se procederá a resolver los casos objeto de revisión, de la siguiente manera:

9.1 Expediente T-1547227

La señora Lourdes Amira Díaz Buelvas demandó a la E.P.S. COOMEVA por afectación de su mínimo vital.

La actora se afilió al SGSSS desde el 1° de febrero de 2006, y tuvo su parto el día 19 de septiembre del mismo año. Su período de gestación se extendió por espacio de treinta (39) semanas, mientras que las cotizaciones correspondieron tan solo a treinta (30) semanas. Como se advierte claramente en este caso, la accionante dejó de cotizar por un espacio de tiempo mayor de dos meses frente al total de tiempo de su gestación, razón por la cual se ordenará el pago proporcional de su licencia de maternidad

En consecuencia, en el presente caso, se revocará la sentencia proferida el 28 de diciembre de 2006 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena. En su lugar, se concederá la tutela solicitada y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no se hubiere hecho, proceda a pagar a la accionante la licencia de maternidad de manera proporcional a las semanas cotizadas.

9.2 Expediente T-1549565

La señora Maribel Sánchez González se afilió a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud – S.O.S- desde el 15 de marzo de 2004, haciendo aportes como trabajadora independiente a través de una fundación.

La accionante dio a luz a su hijo el 10 de octubre de 2006, pero aún cuando pagó todas las cotizaciones, aquella correspondiente al mes de octubre la hizo un día después de la fecha límite para considerar dicho pago como oportuno. En efecto, la accionante canceló su cotización el día 6 de octubre, teniendo como fecha límite el quinto día hábil del mes, según el último dígito de su cédula de ciudadanía, razón por la cual el pago debió hacerse a más tardar el día 5 de octubre.

En el presente caso advierte la Corte, que el retraso tan solo de un (1) día en el pago de las cotizaciones en salud, no puede erigirse para la E.P.S. como causal suficiente para considerar que la accionante perdió su derecho a reclamar el reconocimiento prestacional por su licencia de maternidad.

Como lo advirtió la Sala en las consideraciones previas, ni la entidad accionada, ni el SGSSS podrá ver afectado su equilibrio económico o su viabilidad como sistema de seguridad social en el hecho de que el pago de una cotización mensual se hubiere retrasado tan solo 24 horas. Ciertamente, este resulta ser el caso de aplicación sistemática

de las normas de carácter legal, con las cuales la entidad accionada privilegia el cumplimiento de una formalidad frente a derechos de carácter fundamental y de rango constitucional, desvirtuando el verdadero alcance de esta prestación social y vulnerando en consecuencia el mínimo vital de la accionante.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 23 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali. En su lugar, se concederá la tutela, ordenándose a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud – S.O.S.-, que en término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Maribel Sánchez González, la totalidad de su licencia de maternidad.

9.3 Expediente T-1549683

La señora Lisdey Gálvez Valencia se afilió a la E.P.S. COMFENALCO, Seccional Valle desde el 7 de febrero de 2006. Se advierte que para su primera consulta médica hecha el día 2 de abril, el médico que la atendió señaló que para esa fecha la accionante ya presentaba un período de gestación de diez (10) semanas. De esta manera, se puede presumir que la accionante quedó embarazada para la tercera semana de enero. La accionante es madre comunitaria afiliada a través del Centro de Desarrollo Comunitario FE y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de esta ciudad.

El parto de la accionante se produjo el día 11 de octubre de 2006. Al momento de reclamar su licencia de maternidad, la referida E.P.S. niega tal reconocimiento, aduciendo que no se cotizó de manera ininterrumpida durante todo el período gestación, pues se contabilizaron aportes por tan solo treinta y dos (32) semanas, mientras que su gestación se extendió aproximadamente por espacio de treinta y ocho (38) semanas.

Sin embargo, en tanto el término de gestación no está claramente definido, se advierte que de todos modos la accionante dejó de cotizar por un término menor a dos meses respecto de su período estimado de gestación, razón por la cual en este caso podrá ordenar el reconocimiento total de su licencia de maternidad.

Con todo, debe recordarse que la accionante en su condición de madre comunitaria, merece una especial protección y que la vinculación que esta haga al SGSSS a través del mencionado Centro de Desarrollo Comunitario FE y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de esta ciudad, no supone una relación laboral entre éste y aquella. Recordemos la respuesta remitida por el I.C.B.F. ante el requerimiento hecho por la Corte en este caso en particular.

“De todo lo anterior se colige que, a partir de la Ley 100 de 1993, las madres comunitarias fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de

las prestaciones económicas. Posteriormente, a partir del 3 de agosto de 1999, fecha en la que entra en vigencia la Ley 509 de 1999, las madres comunitarias se vinculan al sistema en el régimen contributivo, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados y afiliadas al régimen contributivo. No obstante, también se obligan al pago de una cotización mensual.

"Así las cosas, en el caso de trato, se observa que la accionante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en el régimen contributivo y la licencia de maternidad fue otorgada en vigencia de la Ley 509 de 1999, por tanto tiene derecho a las prestaciones asistenciales y económicas propias de dicho régimen.

"(...).

- "El funcionamiento y desarrollo del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar es ejecutado directamente por la comunidad a través de las Asociaciones de Padres de Familia (hoy Asociaciones de Hogares de Bienestar), las cuales tienen personería jurídica y a ella pertenecen un número determinado de Hogares Comunitarios que son atendidos por Madres Comunitarias que pertenecen a la comunidad beneficiaria del programa.
- Dichas Asociaciones son las directas administradoras de los recursos asignados por el Gobierno representados en el Aporte que entrega el ICBF. Asimismo, administran los recursos provenientes de la comunidad consistentes en las tasas compensatorias pagadas por los Padres de familia de los menores que son atendidos en cada hogar comunitario.
- Las Madres Comunitarias son escogidas por la Asociación respectiva que maneja el programa y para ello se adelanta un proceso de selección y capacitación que permite tener un banco de Madres comunitarias.

La vinculación de las madres Comunitarias con el Programa fue expresamente definida en el Decreto 2019 de 1988, derogado por el Decreto 1340 de Agosto 10 de 1995, que en su Artículo 4°. la define nuevamente en los siguientes términos: "La vinculación de la madre comunitaria así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de 'Hogares de Bienestar', mediante su trabajo solidario constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones, que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que en el participen. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

"(...).

- "El Decreto No. 047 de enero 19 de 2000 en su Artículo 17 trata lo referente al Régimen de Afiliación de las Madres Comunitarias y consagra:

'Afiliación al régimen contributivo. La afiliación de las madres comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se efectuará en forma individual al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad: Social en Salud y se registrará como trabajador independiente.' (Negrilla y subraya fuera del texto original).

- El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR por no ser empleador de las Madre Comunitarias, no tiene la obligación legal de afiliarlas al Sistema de Seguridad Social.

La FUNDACION FE Y ALEGRIA, es una ONG, que administra el programa HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR, en el Distrito de Aguablanca de Cali, con la cual el ICBF ha venido suscribiendo contratos de aporte, para el funcionamiento del programa, atendiendo lo solicitado se verificó la información con el Centro Zonal del ICBF Suroriental, al cual le corresponde por ubicación el Programa, confirmándose que la señora LISDEY GALVEZ VALENCIA es actualmente Madre Comunitaria y su vinculación al mismo se produjo desde el 1° de febrero de 2006, estando activa actualmente."

De esta manera, queda claro que la accionante es madre comunitaria afiliada a la E.P.S. COMFENALCO como trabajadora independiente, razón por la cual no existe ninguna responsabilidad ni del I.C.B.F. ni del Centro de Desarrollo Comunitario FE Y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de Cali.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Once Penal Municipal de Cali. En su lugar, se concederá la tutela ordenando a la E.P.S. COMFENALCO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y su aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Lisdey Gálvez Valencia la totalidad de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta para ello, las semanas cotizadas y la semanas de su período de gestación.

9.4 Expediente T-1552575

La señora Luz ShirLey Cuervo López se afilió a la E.P.S. Humana Vivir desde el 18 de julio de 2004.

Señala que habiendo dado a luz el día 9 de febrero de 2006, reclamó su licencia de maternidad, la cual le fue negada.

En su caso aparece probado que para la fecha del parto tenía cotizadas de manera ininterrumpida tan solo treinta y cinco (35) semanas³⁶⁵.

De esta manera, y presumiendo que el término de su gestación fue el máximo de cuarenta (40) semanas como lo supuso el mismo Juez de instancia, se concluye de todos modos que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses, con lo cual se procederá a ordenar el reconocimiento de la totalidad de su licencia de maternidad.

De esta manera, se revocará la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2006 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Granada (Meta). En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. HUMANA VIVIR, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar a la señora Luz ShirLey Cuervo López, la totalidad de su licencia de maternidad.

9.5 Expediente T-1554056

La señora Rosana Elena Pimienta Mercado se afilió a la E.P.S. SALUD TOTAL como trabajadora dependiente desde el 25 de octubre de 2005.

Su parto se produjo el día 9 de junio de 2006, razón por la cual reclamó a dicha E.P.S. el reconocimiento de su licencia de maternidad, la cual le fue negada.

Adujo la misma E.P.S. que la accionante tuvo un período de gestación de treinta y cuatro (34) semanas y que las cotizaciones hechas por ella tan solo alcanzaron las veintiocho (28) semanas y nueve (9) días, (termino que realmente correspondería a veintinueve (29) semanas y dos días).

Con esta información queda demostrado que la accionante dejó de cotizar menos de los dos meses respecto del tiempo de su gestación, razón por lo cual tendrá derecho al reconocimiento pleno de su licencia de maternidad.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2006 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUD TOTAL, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Rosana Elena Pimienta Mercado, la totalidad de su licencia de maternidad.

³⁶⁵ Ver folio 9 del expediente de tutela.

9.6 Expediente T-1554317

La señora María del Carmen Avella Fonseca se afilió desde 1999 a la E.P.S. SUSALUD.

Estando vinculada como trabajadora dependiente, fue desvinculada de la E.P.S. el 30 de enero de 2006, pues ya no laboraba con su empleador. Sin embargo, procedió a vincularse nuevamente a la misma E.P.S. el día 2° de febrero de 2006, pero ahora como trabajadora independiente, movida esencialmente por su estado de embarazo.

Así, dio a luz el día 10 de agosto de 2006. Más sin embargo, al momento de reclamar el pago de su licencia de maternidad, la E.P.S. SUSALUD le negó tal reconocimiento, aduciendo que no había cotizado ininterrumpidamente al SGSS durante su período de gestación, quedándole pendiente de cotizar un (1) día, correspondiente al 1° de febrero de 2006.

En esta nueva oportunidad se advierte que la accionante tuvo una interrupción en el pago de sus cotizaciones visto el cambio de su condición laboral, de trabajadora dependiente a independiente, lo que significó tan solo que se dejara de pagar un día de aportes, lo cual como ya se advirtió en las consideraciones expuestas en esta sentencia, no justifica la posición de la E.P.S. de negar el reconocimiento de dicha licencia, máxime cuando la accionante se encontraba desempleada al momento de reclamar dicha prestación.

De esta manera, se revocará la sentencia proferida 5 de febrero de 2007 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. SUSALUD, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele en su totalidad la licencia de maternidad a la señora María del Carmen Avella Fonseca.

9.7 Expediente T-1555177

La señora Yiceth Paola Ramos Morán se afilió a la E.P.S. SALUDCOOP como trabajadora dependiente de la empresa Inversiones Santa Rosa.

La accionante dio a luz el día 18 de abril de 2006, razón por la cual reclamó el pago de su licencia de maternidad, petición que fue negada por la mencionada alegando que algunas de las cotizaciones hechas por el empleador fueron extemporáneas.

En esta oportunidad, la Sala tendrá en cuenta la línea jurisprudencial por ella desarrollada en torno a los pagos extemporáneos de las cotizaciones, aduciendo entonces, que en tanto los mismos fueron hechos sin que mediara rechazo alguno por parte de la entidad

accionada, operó el allanamiento a la mora al haber aceptado los mismos, razón por la cual se ordenará el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

De esta manera, se revocará la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad (Atlántico). En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUDCOOP para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar la totalidad de la licencia de maternidad de la señora María del Carmen Avella Fonseca.

9.8 Expediente T-1567130

La señora Ruby Regina Pacheco Ortega se afilió desde el 24 de febrero de 1999 a la E.P.S. SALUD TOTAL en calidad de trabajadora dependiente de la empresa ULTRA Ltda., presentando sin embargo, varios retiros y posteriores reingresos al SGSSS.

La accionante dio a luz a su hija el 28 de abril de 2006, razón por la cual reclamó el pago de su licencia de maternidad.

Sin embargo, dicha prestación le fue negada por cuanto la accionante efectuó cotizaciones por treinta y cinco (35) semanas, mientras que su período de gestación fue de treinta y ocho (38) semanas.

Frente a esta circunstancia, se puede concluir entonces, que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses frente al tiempo total de gestación, razón por la cual se ordenará en esta sentencia el reconocimiento de la totalidad de la licencia de maternidad.

Entonces, se revocará la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUD TOTAL, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a pagar a la señora Ruby Regina Pacheco Ortega, la totalidad de la licencia de maternidad por ella reclamada.

9.9 Expediente T-1572922

La señora Cristina Isabel Alfaro Vargas se afilió a la E.P.S. SALUD TOTAL como trabajadora independiente.

El día 24 de marzo de 2006 tuvo su parto, razón por la cual reclamó el reconocimiento de su licencia de maternidad.

Si bien dicha licencia de maternidad fue inicialmente negada en su pago por la E.P.S. accionada en tanto la accionante solo había cotizado 31 semanas de treinta y nueve (39) semanas que duró su período de gestación, en documento remitido a la Corte Constitucional por parte de la E.P.S. SALUD TOTAL, infirmó que la licencia de maternidad reclamada por la accionante ya le había sido cancelada el día veintidós (22) de diciembre de 2006, mediante el cheque No. 1189, razón por la cual se está ante un HECHO SUPERADO. Por ese motivo y en razón a la sustracción de materia, la acción de tutela debía cesar.

En esta oportunidad, en la medida en que el motivo que justificó la interposición de esta acción de tutela ya desapareció y se está entonces frente a un hecho superado, la Sala de todos modos procederá a revocar la decisión de instancia, pero no impartirá orden judicial alguna.

De esta manera, se revocará la sentencia proferida el 24 de enero de 2007 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, y en su lugar se declarará la carencia actual de objeto, razón por la cual no se impartirá ninguna orden.

9.10 Expediente T-1575081

La señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano se afilió a la E.P.S. COOMEVA como trabajadora dependiente de la empresa CORPODESA. Estuvo afiliada desde el mes de mayo de 2005 hasta noviembre de ese mismo año, y reinició sus cotizaciones en el mes de febrero de 2006, pero ya en condición de trabajadora independiente.

El 26 de agosto de 2006 dio a luz a su hijo, y al momento de reclamar su licencia de maternidad, la misma le fue negada por cuanto se habían hecho cotizaciones tan solo por veintiocho (28) semanas de las treinta seis (36) que duró su gestación.

En este caso, se puede observar que la accionante dejó de cotizar dos (2) meses exactamente. Este caso en particular se ubica justo en el límite temporal planteado por la jurisprudencia constitucional que se reitera en esta providencia, en tanto, se recuerda que se reconocerá la totalidad de la licencia de maternidad si la accionante ha dejado de cotizar hasta dos meses frente al total de semanas que duró su período de gestación.

Así, en el presente caso, se revocará la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2006 por el Juzgado Doce Civil Municipal de Barranquilla. En su lugar se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, reconozca la

totalidad de la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano.

9.11 Expediente T-1575810

La señora Nancy Agudelo Londoño se afilió a la E.P.S. SALUD TOTAL desde hace varios años, y en particular en los últimos años con las empresas C.I. INVEXPORT S.A. y C.I. S.A.

El 12 de mayo de 2006 la accionante dio a luz, y por tal razón reclamó el reconocimiento de su licencia de maternidad. No obstante, la E.P.S. SALUD TOTAL le negó tal reconocimiento, aduciendo que la accionante había dejado de cotizar durante el mes de septiembre de 2005, lo que impedía el reconocimiento de dicha prestación, por cuanto no coincidía la cantidad de semanas cotizadas frente a las semanas de su período de gestación.

En efecto, en el presente caso, en respuesta al requerimiento hecho por la Corte a la empresa C.I. INVEXPORT Ltda., ésta señaló que dicha empresa había sido admitida por la Superintendencia de Sociedades al trámite de liquidación obligatoria el 16 de septiembre de 2005. Sin embargo, advierte que esta situación había sido puesta en conocimiento de la mencionada E.P.S., y que la accionante había pasado a ser trabajadora de la empresa C.I.I. S.A. desde ese mismo mes, y que por imposibilidad económica el pago correspondiente al mes de agosto de 2005 y que debía hacerse en los primeros días de septiembre no se pudo realizar. Con todo, SALUD TOTAL E.P.S. debió acreditar dicha acreencia en los términos de la Ley 222 de 1995, a efectos que la misma fuera reconocida, calificada y graduada como parte de las obligaciones causadas antes de entrarse en liquidación obligatoria, a efectos de que fuera pagada dentro del trámite de tal liquidación.

De esta manera, es claro que la E.P.S. puede reclamar el pago de dichos dineros por otra vía judicial, sin que ello implique afectar los derechos fundamentales de la accionante.

Con todo, y aun cuando la E.P.S. alega que la accionante dejó de cotizar durante un mes de su período de gestación, la accionante tiene derecho al pago integral de su licencia de maternidad por haber dejado de cotizar durante menos de dos meses respecto del tiempo total de su gestación..

Por ello, se revocará la sentencia del 4 de octubre de 2006, proferida por el Juzgado Veinte Penal Municipal de Medellín. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUD TOTAL que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Nancy Agudelo Londoño la totalidad de su licencia de maternidad.

9.12 Expediente T-1575897

La señora Yulli Vanessa López Izquierdo se afilió a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud – S.O.S.- desde hace dos (2) años. El pasado 20 de octubre dio a luz, por lo que reclamó el pago de su licencia de maternidad. Sin embargo, la E.P.S. accionada negó tal petición, señalando que si bien la afiliación al SGSSS se había hecho desde el 29 de marzo de 2006, al confrontarse las semanas de cotizadas frente a las semanas de gestación, las primeras correspondieron tan solo a treinta y tres (33) semanas, mientras que la gestación fue de treinta y nueve (39) semanas.

En esta oportunidad, se advierte nuevamente que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses respecto al tiempo que duró su período de gestación, con lo cual tiene derecho a la reconocimiento pleno de su licencia de maternidad, según las pautas jurisprudenciales que se siguen en el presente fallo.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 29 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.-, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Yulli Vanessa López Izquierdo, la totalidad de la licencia de maternidad.

9.13 Expediente T-1576786

La señora Indira Liliana Sánchez Romero se afilió a la E.P.S. COMFENALCO como trabajadora dependiente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión Empresarial, entidad a través de la cual se hicieron de manera puntual, las cotizaciones al SGSSS.

El día 26 de agosto de 2006, la accionante dio a luz a su hijo, y procedió a reclamar su licencia de maternidad.

No obstante, la E.P.S. COMFENALCO negó tal prestación advirtiendo que la accionante había cotizado tan solo treinta (30) de las treinta y siete (37) semanas de su gestación, razón más que suficiente para negar tal reconocimiento.

Al igual que en varios de los casos anteriores, se puede advertir que las semanas dejadas de cotizar por parte de la accionante fueron tan solo (7), tiempo inferior a dos meses, lo que permite aseverar que la accionante tiene derecho al pago de su licencia de maternidad.

Por lo anterior, se revocará la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia del 1° de febrero de 2006. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. COMFENALCO, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de

la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Indira Liliana Sánchez Romero, la totalidad de la licencia de maternidad.

9.14 Expediente T-1579127

Luz Adriana Arboleda Rueda se afilió a la E.P.S. COMFENALCO a través de la cooperativa COOMEI desde el mes de junio de 2005.

El día 26 de marzo de 2006 tuvo lugar su parto, razón por la cual reclamó de la E.P.S. el pago de su licencia de maternidad. Sin embargo, COMFENALCO E.P.S. negó tal reclamación, aduciendo que la accionante había sido retirada por cuenta de dicha cooperativa durante los meses de abril y mayo de 2006, época durante la cual la accionante se encontraba gozando de su licencia de maternidad, conducta se justifica la empresa en que el contrato laboral había terminado el 11 de abril de 2006.

En esta oportunidad, la E.P.S. COMFENALCO, apoyada en lo dispuesto por el parágrafo 2° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 señaló que si bien la accionante había cotizado durante TODO el tiempo de su gestación, tenía la obligación de “presentar la autoliquidación de aportes al SGSSS por todo el tiempo que duren dichas licencias o incapacidad”, lo cual obviamente no sucedió pues su contrato de trabajo había terminado según lo pactado.

En esta oportunidad, considera la Sala de revisión, que la E.P.S. reconoce que la accionante cotizó durante todo el tiempo de su gestación y que por lo mismo no plantea ninguna objeción frente a esta circunstancia.

Sin embargo, de aceptarse lo afirmado por la E.P.S. COMFENALCO en el sentido de que no se concedió la licencia de maternidad por no haberse cumplido estrictamente el contenido de la norma mencionada, ello, implicaría anteponer una norma cuya finalidad es garantizar la continuidad en el pago de aportes al SGSSS, a unos derechos fundamentales que se advierten por su titular como violados.

En efecto, en el presente caso la accionante manifiesta que le han sido violados sus derechos a una vida digna y al mínimo vital, en tanto que al encontrarse desempleada durante los meses en que gozó de su licencia de maternidad, en dicho tiempo no contó con ninguna fuente de recursos económicos que le permitiera solventar las necesidades más elementales tanto de ella como de su hijo recién nacido.

De esta manera, y en el entendido que lo que prima en este caso es la protección de los derechos fundamentales vulnerados por el no pago de la licencia de maternidad, y que estos son la razón de ser del amparo que aquí se reclama, la Sala procederá, en este caso en

particular, a inaplicar el parágrafo 2 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, y en consecuencia, concederá la tutela de conformidad con las consideraciones generales aquí expuestas.

Por ende, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín del 15 de diciembre de 2006. Se inaplicará el parágrafo 2 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. Se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. COMFENALCO que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Luz Adriana Arboleda Rueda, la totalidad de la licencia de maternidad, por cuanto dejó de cotizar menos de dos (2) meses en relación con el tiempo que duró de gestación.

9.15 Expediente T-1579539

La señora María Mercedes Camargo Rueda se vinculó al SGSSS a través de la E.P.S. COLMÉDICA desde el mes de mayo de 2005.

Habiendo dado a luz el 12 de diciembre de 2005, la accionante reclamó el reconocimiento de su licencia de maternidad, petición que le fue negada por su E.P.S. con el argumento de que no había cotizado la misma cantidad semanas que su período de gestación. Dicha E.P.S. manifestó en su intervención en el trámite de la tutela, que la señora Camargo Rueda tan solo había cotizado doscientos diez (210) días de los doscientos setenta (270) días que duró aproximadamente su período de gestación, desconociendo la exigencia legal sobre aportes, y haciendo imposible de esta manera, el reconocimiento de dicha prestación. Además, en varias oportunidades los pagos mensuales se hicieron hasta con dos meses de retraso.

Efectivamente, en el presente caso, la señora María Mercedes Camargo Rueda, realizó aportes por espacio de seis meses y medio, que equivale realmente a veintiocho (28) semanas, tiempo muy inferior a las treinta y ocho punto cinco (38.5) semanas que duró su período de gestación.

Si bien la accionante, como trabajadora independiente afiliada al SGSSS no fue muy diligente en el pago de sus cotizaciones, es claro de todos modos, que visto el ingreso base de cotización (IBC) que le sirvió para efectuar las referidos aportes en salud, se puede observar que su ingreso era de tan solo un salario mínimo, razón suficiente para considerar que no reconocerle su licencia de maternidad, compromete de manera importante, su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo. Sin embargo, el reconocimiento de su licencia de maternidad se hará de manera proporcional a las semanas por ella cotizadas.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla del 19 de enero de 2007. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. COLMÉDICA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora María Mercedes Camargo Rueda, su licencia de maternidad en proporción a las semanas cotizadas respecto de su período de gestación.

9.16 Expediente T-1579596

La señora Damaris Esther Aguas Martínez se afilió a la E.P.S. COOMEVA desde el 17 de noviembre de 2004. Asegura que aun cuando cotizó durante todo el período de gestación hasta el momento del parto, el 12 de junio de 2006, algunos de dichos pagos se hicieron de manera extemporánea, sin que en ningún momento la E.P.S. le hubiere hecho reclamo alguno.

Sin embargo, al momento de exigir el pago de su licencia de maternidad, la E.P.S. COOMEVA le negó tal reconocimiento aduciendo en efecto la morosidad de la afiliada, en pagar de manera puntual las referidas cotizaciones.

Si bien la tutela fue concedida en este caso, en virtud de la primacía de los derechos fundamentales de la accionante y su hijo, la segunda instancia revocó la decisión de primera instancia, invocando para el efecto criterios que no fueron motivo de discusión alguna por parte de la E.P.S.

En efecto, la E.P.S. COOMEVA soporta su negativa a reconocer la licencia de maternidad en el incumpliendo por parte de la afiliada en el pago puntual de las cotizaciones, pero jamás alegó que las semanas cotizadas hubieren sido menos que el período de gestación.

Ciertamente, al expediente de tutela fueron aportadas algunas más no todas las copias de los formularios de autoliquidación de aportes; ello no puede suponer que en efecto no se hubieren efectuado todas las cotizaciones durante el período de gestación.

De esta manera, en el entendido de que en el presente caso, el problema jurídico concierne solamente a la extemporaneidad en los pagos de algunos meses de las cotizaciones, la Sala aplicará la posición ya ampliamente desarrollada en su jurisprudencia, relativa al allanamiento a la mora, razón por la cual se concederá la tutela en el presente caso.

En consecuencia, se revocará la sentencia proferida el 18 de octubre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo. En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la

notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Damaris Esther Aguas Martínez, la totalidad de su licencia de maternidad.

9.17 Expediente T-1597389

La señora Viviana Esther Contreras Burgos se afilió al SGSS a través de la E.P.S. COOMEVA desde el 1° de marzo hasta el 30 de agosto de 2006, como trabajadora dependiente de su empleadora Edelmira Moreno Meléndez. Desafiliada por su empleador se afilió nuevamente a partir del 1° de septiembre de ese mismo año, pero ya como trabajadora independiente.

El parto de la accionante tuvo ocurrencia el día 21 de septiembre de 2006, luego de lo cual la actora reclamó el pago de la licencia de maternidad el día 11 de octubre del mismo año. Sin embargo, ésta le fue negada por la E.P.S. justificada en el hecho de que la accionante no había cumplido con los períodos mínimos de afiliación ininterrumpida.

De los hechos se advierte que la accionante tuvo cotizaciones desde el 1° de abril de 2006 hasta el 21 de septiembre de ese mismo, fecha de su parto, completando un total de veintitrés (23) semanas. Ahora bien, luego de analizar la intervención hecha por la apoderada de la E.P.S. en el trámite de esta tutela, se logra apreciar que cuando la accionante se vinculó laboralmente con su empleadora, estaba ya embarazada de tres (3) meses³⁶⁶. Así, si se suman las semanas que tenía de embarazo la actora al momento de vincularse laboralmente a su empleadora, y que corresponden a doce (12) semanas o tres meses, y éstas se agregan a las aproximadas veintitrés (23) semanas de cotizaciones que hizo hasta el momento de su parto, tendríamos un gran total de treinta y cinco (35) semanas de gestación aproximadamente.

De esta manera, se puede considerar que la accionante dejó de cotizar más de dos meses frente al tiempo total de gestación. Por ello, en el presente caso, se considera la tutela pero ordenando que la licencia de maternidad le sea pagada a la señora Contreras Burgos, de manera proporcional a las cotizaciones hechas.

Así, se revocará la sentencia proferida por 26 de diciembre de 2006, por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla. En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Viviana Esther Contreras Burgos, su licencia de maternidad, de manera proporcional.

³⁶⁶ Ver folio 20 del expediente de tutela.

9.18 Expediente T-1556303

La señora Francy Estrella Oliveros Perdomo se afilió a la E.P.S. COOMEVA desde el 22 de febrero de 2005. manifiesta la actora que pagaba sus cotizaciones a través de la Cooperativa Servicios Andinos Ltda.

Habiendo quedado embarazada en el mes de septiembre de 2005, su parto se produjo el día 7 de junio de 2006, motivo por el cual procedió a reclamar el pago de su licencia de maternidad. No obstante, la E.P.S. COOMEVA negó el pago de la misma señalando que dicha obligación debía ser asumida por su empleador, visto que los pagos habían sido extemporáneos.

Si bien la empresa Servicios Andinos Ltda., fue vinculada proceso como parte accionada, se puede advertir claramente que la motivación dada por la E.P.S. COOMEVA tiene su origen en el pago inoportuno de las cotizaciones, consideración que no es aceptable en el presente caso, pues cuando los pagos se hicieron por fuera de los términos de Ley, la entidad no alegó tal situación y solo vino a poner de presente tal irregularidad al momento en que le es reclamado el pago de una licencia de maternidad.

En este caso nuevamente habrá de aplicarse por la Sala de Revisión, los criterios jurídicos esbozados por la Corte en su jurisprudencia, en relación con el allanamiento a la mora. Además, en el presente caso, la accionante en escrito allegado a la Corte pone de presente su grave situación familiar y la afectación de su mínimo vital, pues se encuentra desempleada y tiene a su cargo a su hijo recién nacido y a otro menor de seis años con dificultades auditivas.

En efecto recordemos el contenido del certificado de licencia de maternidad expedido el 13 de junio de 2006 por la E.P.S. COOMEVA en el que señala que no se reconocerá la prestación económica por maternidad, porque:

"A la fecha de ocurrencia del evento existen períodos sin pago por el aportante. (Decreto 806/1998 art.60). El Ingreso Base de Cotización (IBC) correspondiente al período base de liquidación no se encuentra registrado. Le será enviado por correo el documento en el cual se indica el resultado de las validaciones que en el momento no se puedan efectuar. (Los aportes fueron efectuados fuera de las fechas exigidas por la Ley (decreto 1804/1999, Art. 21 numeral 1).” (Negrilla y subraya fuera del texto original).³⁶⁷

³⁶⁷ Ver folio 16 del expediente de tutela.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Francly Estrella Oliveros Perdomo la totalidad de su licencia de maternidad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REANUDAR el término para resolver la revisión, el cual fue suspendido mediante Auto de fecha 14 de mayo de 2007

Segundo. INAPLICAR con base en el artículo 4º de la Constitución Política para los casos concretos de las señoras Lourdes Amira Díaz Buelvas, Maribel Sánchez González, Lisdey Gálvez Valencia, Luz ShirLey Cuervo López, Rosana Elena Pimienta Mercado, María del Carmen Avella Fonseca, Yiceth Paola Ramos Moran, Ruby Regina Pacheco Ortega, Cristina Isabel Alfaro Vargas, Consuelo Lina Blanquicett Zambrano, Nancy Agudelo Londoño, Yulli Vanessa López Izquierdo, Indira Liliana Sánchez Romero, María Mercedes Camargo Rueda, Damaris Esther Aguas Martínez, Viviana Esther Contreras Burgos y Francly Estrella Oliveros Perdomo, el Decreto 806 de 1998, artículo 63 y el Decreto 047 de 2000, artículo 3º, numeral 2º.

Para el caso de la señora Luz Adriana Arboleda Rueda, INAPLICAR el artículo 4 del Decreto 1406 de 1999.

Tercero. REVOCAR la sentencia proferida el 28 de diciembre de 2006 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena en el expediente T-1547227. En su lugar, CONCEDER la tutela solicitada, y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no se hubiere hecho, proceda a pagar a la señora Lourdes Amira Díaz Buelvas la licencia de maternidad de manera proporcional a las semanas cotizadas.

Cuarto. REVOCAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali en el expediente T-1549565. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud – S.O.S.-, que en término de cuarenta y

ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Maribel Sánchez González, la totalidad de su licencia de maternidad.

Quinto. REVOCAR la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Once Penal Municipal de Cali en el expediente T-1549683. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Lisdey Gálvez Valencia la totalidad la licencia de maternidad, teniendo en cuenta para ello, las semanas cotizadas y las semanas de su período de gestación.

Sexto. REVOCAR la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2006 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Granada (Meta), en el expediente T-1552575. En su lugar, CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. HUMANA VIVIR, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar a la señora Luz ShirLey Cuervo López, la totalidad de la licencia de maternidad.

Séptimo. REVOCAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2006 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla en el expediente T-1554056. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUD TOTAL, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Rosana Elena Pimienta Mercado, la totalidad de la licencia de maternidad.

Octavo. REVOCAR la sentencia proferida 5 de febrero de 2007 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá en el expediente T-1554317. En su lugar, CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. SUSALUD, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele en su totalidad la licencia de maternidad a la señora María del Carmen Avella Fonseca.

Noveno. REVOCAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad (Atlántico), en el expediente T-1555177. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUDCOOP para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar la totalidad de la licencia de maternidad de la señora María del Carmen Avella Fonseca.

Décimo. REVOCAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla en el expediente T-1567130. En su lugar,

CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUD TOTAL, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a pagar a la señora Ruby Regina Pacheco Ortega, la totalidad de la licencia de maternidad por ella reclamada.

Décimo primero. REVOCAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2007 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla en el expediente T-1572922, cuya accionante es la señora y en su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto, razón por la cual no se impartirá orden alguna.

Décimo segundo. REVOCAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2006 por el Juzgado Doce Civil Municipal de Barranquilla en el expediente T-1575081. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, reconozca la totalidad de la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano

Décimo tercero. REVOCAR la sentencia del 4 de octubre de 2006, proferida por el Juzgado Veinte Penal Municipal de Medellín en el expediente T-1575810. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUD TOTAL que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Nancy Agudelo Londoño la totalidad de la licencia de maternidad.

Décimo cuarto. REVOCAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali en el expediente T-1575897. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.–, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Yulli vanessa López Izquierdo, la totalidad de la licencia de maternidad.

Décimo quinto. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia del 1° de febrero de 2006 en el expediente T-1576786. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Indira Liliana Sánchez Romero, la totalidad de la licencia de maternidad.

Décimo sexto. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín del 15 de diciembre de 2006 en el expediente T-1579127. INAPLICAR el parágrafo 2 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 sólo en el presente caso. CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO que en término de cuarenta

y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Luz Adriana Arboleda Rueda, la totalidad de la licencia de maternidad

Décimo séptimo. REVOCAR la sentencia proferida el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla del 19 de enero de 2007 en el expediente T-1579539. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COLMÉDICA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora María Mercedes Camargo Rueda, su licencia de maternidad en proporción a las semanas cotizadas respecto de su período de gestación.

Décimo octavo. REVOCAR la sentencia proferida el 18 de octubre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo en el expediente T-1579596. En su lugar, CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Damaris Esther Aguas Martínez, la totalidad de su licencia de maternidad por haber operado el allanamiento a la mora.

Décimo noveno. REVOCAR la sentencia proferida por 26 de diciembre de 2006, por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla en el expediente T-1597389. En su lugar, CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Viviana Esther Contreras Burgos, su licencia de maternidad, de manera proporcional.

Vigésimo. REVOCAR la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva, en el expediente T-1556303. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Francy Estrella Oliveros Perdomo la totalidad de su licencia de maternidad.

Vigésimo primero. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Sentencia C-174/09

Referencia: expediente D-7387

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º. (parcial) de la Ley 755 de 2002, *"Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo"*.

Actor: Miller Alfonso Ramírez Solórzano

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Miller Alfonso Ramírez Solórzano, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º. (parcial) de la Ley 755 de 2002, *"Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo"*.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma, subrayando el aparte demandado:

"LEY 755 DE 2002

(julio 23)

Diario Oficial No. 44.878, de 25 de julio de 2002

Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo –Ley María-.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Modificase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a **cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.**

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

(Apartes tachados INEXEQUIBLES). La licencia remunerada de paternidad ~~sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.~~

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo".

III. LA DEMANDA

Para el demandante, el texto impugnado desconoce lo dispuesto en los artículos 5º, 13, 44 y 93 de la Constitución Política.

Según el actor, el término de la licencia de paternidad resulta diferente para el hombre cuya esposa o compañera permanente no cotiza al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respecto de aquél cuya esposa o compañera permanente sí cotiza, pues el primero sólo tiene derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, mientras que el segundo tiene derecho a ocho días de la misma licencia, siendo evidente una discriminación en cuanto al tiempo de la licencia, más aún si al primero se le cuentan cuatro días continuos y al segundo ocho días hábiles. Explica las razones de su demanda en el sentido de que el padre debe ayudar a la madre en el cuidado del recién nacido.

Explica el demandante que el legislador concedió la prestación por el hecho de ser padre, para brindar la posibilidad al hombre de ayudar a la madre en el cuidado del recién nacido durante los primeros días, como también para brindarle amor y protección al bebé, lo que resulta de gran importancia en la relación padre-hijo.

En este orden de ideas, considera el actor que el texto impugnado es inexecutable por discriminar en la cantidad y en la calidad de días que se otorgan al padre cuya esposa no cotiza y al padre cuya esposa sí cotiza, siendo vulnerado el artículo 44 de la Carta Política, según el cual el recién nacido tiene derecho a una familia y a recibir el cuidado y amor por parte de ambos padres desde sus primeros días de vida.

Concluye el demandante solicitando a la Corte que declare inexecutable el aparte impugnado, concediendo el mayor número de días posible de licencia de paternidad a ambos tipos de padres; es decir, tanto a aquellos cuyas esposas o compañeras permanentes aportan al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como a aquellos cuyas esposas o compañeras permanentes no lo hacen, pues, finalmente, son los derechos de los niños los que deben prevalecer.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, por estar dirigida contra una disposición perteneciente a una ley.

2. Problema Jurídico

La Corte deberá establecer si es constitucional el condicionamiento previsto en la norma impugnada, acorde con el cual el número de días a los que tiene derecho el padre beneficiario de la licencia de paternidad, puede variar de cuatro a ocho según la madre esté o no cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues el demandante considera que tal previsión normativa vulnera lo dispuesto en los artículos 5º, 13, 44 y 93 de la Carta Política.

3. Contenido de la norma demandada

Las expresiones demandadas establecen una distinción en el período asignado para la licencia de paternidad, el cual puede variar de cuatro a ocho días, según la madre del recién nacido esté o no cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El texto es el siguiente:

"LEY 755 DE 2002

(julio 23)

Diario Oficial No. 44.878, de 25 de julio de 2002

Por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo –Ley María-.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Modifícase el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a **cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.**

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

(Apartes tachados INEXEQUIBLES). La licencia remunerada de paternidad ~~sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.~~

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo".

4. Examen de constitucionalidad de la norma demandada

4.1. Breve referencia a la licencia de paternidad en el derecho comparado.

La licencia de paternidad tuvo su origen en la O.I.T con el ánimo que el hombre desempeñe un rol más activo en el cuidado de los hijos desde sus primeros días de nacidos, llevó a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar la Recomendación 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, cuyo numeral 22 hizo explícito que durante un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó *licencia parental*. Así mismo, dejó en libertad de cada país su determinación, que debería introducirse en forma gradual.

De igual modo, la OIT expidió el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, que se aplica a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando las mismas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (art. 1 y ss.).

De esta forma, la licencia de paternidad busca que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, a través del disfrute de un breve periodo alrededor de la fecha del parto del hijo³⁶⁸.

4.2. En los países miembros de la OIT, se presentan importantes variaciones con respecto al alcance de la duración de la garantía. La licencia de paternidad fue otorgada por primera vez en 1974, en Suecia. Posteriormente, en Finlandia y Noruega, último de los cuales otorga cuatro semanas completas. En Francia el hombre puede tomar 11 días y en España 15 días. En Cuba la licencia de paternidad se da al padre viudo y tiene derecho a recibir un 60% de su salario promedio. Para el caso de América Latina, Argentina ofrece 15 días. Recientemente, en Ecuador el Congreso acaba de aprobar que el padre goce entre 10 y 23 días de licencia por el nacimiento de los hijos, derechos que hasta ese momento solo accedía la madre.

4.3. Este asunto no ha sido ajeno al examen de la Corte, por cuanto en la sentencia C-273 de 2003³⁶⁹, al declarar inexecutable una parte del artículo ahora demandado, abordó el interés superior del niño y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos. En torno a

³⁶⁸ Maternidad, paternidad y trabajo. La igualdad de género en el corazón del trabajo decente, 2008-2009. Información extraída de la página de Internet de la OIT. www.ilo.org/gender/events/campaign-2009.

³⁶⁹ Estudio la constitucionalidad del inciso 3º, artículo 1º, de la Ley 755 de 2002.

este último tópico resaltó que la razón de ser del interés superior del niño es su plena satisfacción y más concretamente permitir al recién nacido el ejercicio de todos sus derechos fundamentales, particularmente el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Además, sostuvo que la licencia permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.

4.4. Respecto al significado de la paternidad y su importancia para el desarrollo de la niña o del niño, en la mencionada decisión se sostuvo:

"En conclusión, si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar -pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente dependiendo de los valores individuales y culturales-, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral"³⁷⁰.

Luego, la idea de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, es fundamental para su desarrollo armónico e integral, que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución).

5. Naturaleza jurídica de la licencia remunerada de paternidad

La vigencia y satisfacción simultánea de todos los derechos de la infancia, conocida en la doctrina como *garantía de la protección integral de los menores*, ha sido consagrada en Colombia bajo los términos previstos en los artículos 42, 43, 44, 45 y 50 de la Constitución Política. Además de éstas normas, la Carta también ampara a los menores a partir de la protección a la dignidad humana (C.Po. art. 1º), los derechos que les son inalienables (C.Po. art. 5º.), el derecho a la vida (C.Po. art 11), el derecho a la seguridad social (C.Po art. 48) y el derecho a la salud (C.Po. art. 49), todos considerados de naturaleza fundamental y de estirpe superior cuando sus titulares son niños.

Por lo anterior, puede afirmarse que en Colombia los niños gozan de una protección reforzada, como también de una protección complementaria, pues además de las normas que les son directamente aplicables, son beneficiarios de todos aquellos preceptos que de

³⁷⁰ Sentencia C-273 de 2003.

manera general se aplican a las personas. Lo anterior acompasa con el principio de protección derivado del *interés superior del niño*, reconocido este último en el artículo 44 de la Constitución Política, según el cual "*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*".³⁷¹

5.1. En relación directa con el principio *del interés superior del niño* se cuenta el derecho del menor al cuidado y amor, derecho que deriva del estado de inmadurez física y mental del niño, circunstancia que obliga a una adecuada protección legal tanto antes como después del nacimiento, más aún cuando, como lo ha señalado esta Corporación, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, estableció, entre otros, los siguientes compromisos para los Estados partes:

"i) Se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Art. 3 núm. 2).

ii) Pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el *interés superior del niño* (Art. 18.1)

iii) Adoptarán todas las medidas administrativas como legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional (art. 4).

iv) Respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas

³⁷¹ En materia de seguridad social para lo menores, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, (Ley 12 de 1991), establece en el artículo 26:

"Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional".

legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención.

v) Reconocerán que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. (art. 6 num. 1 y 2)

vi) Se comprometen a que el niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y que tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir la nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7 num. 1).

vii) A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la Convención, prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños (art. 18 num. 1 y 2)".³⁷²

5.2. Según el artículo 44 de la Carta Política, la obligación de realizar el derecho al cuidado y amor del niño está a cargo de la familia y la sociedad, como también del Estado a quien corresponde el deber de asistir y proteger a los menores y, de manera principal, auspiciar el cuidado y amor hacia los infantes mediante políticas eficaces destinadas a su desarrollo integral, particularmente a través de instrumentos legislativos y administrativos idóneos para la concreción de los derechos que la Constitución Política consagra a favor de los menores.

5.3. El derecho a la licencia de paternidad remunerada es desarrollo y aplicación del principio *del interés superior del menor*, como también del *derecho al amor y cuidado del niño*, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que, como corolario del artículo 44 superior, garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad.

Es decir, el periodo que el legislador concede como licencia remunerada de paternidad, no ha sido concebido como un derecho caprichoso, ni para dedicar estos días al jolgorio, ni a la celebración, sino para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y

³⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-273 de 2003.

atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido.

La garantía consagrada en la norma parcialmente acusada no corresponde a un beneficio exclusivo del padre, quien recibirá de la EPS respectiva los dineros correspondientes a los días de la licencia de paternidad, sino que se trata de una medida de protección destinada a realizar los derechos superiores del infante, particularmente, como se ha dicho, aquellos vinculados al cuidado y amor de quien por su condición de indefensión e inmadurez física y mental, requiere la mejor atención tanto de sus padres, de la familia como también del Estado.

6. Potestad de configuración legislativa en materia de seguridad social

Según la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que puede ser prestado por los particulares bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en los términos que establezca la Ley (C.Po art. 48); es decir, el legislador cuenta con potestad para configurar el sistema normativo al cual estará sometida la estructura orgánica, administrativa y jurídica mediante la cual se presta este servicio.

Sin embargo, es claro que la potestad de configuración legislativa en esta materia no es absoluta por cuanto ella se encuentra limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política; por tanto, todo desarrollo del artículo 48 superior debe estar acorde con las disposiciones constitucionales, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones.

7.1. En relación con los límites a la potestad de configuración legislativa en materia de seguridad la Corte Constitucional ha precisado en la Sentencia C-336 de 2008:

“... Esta corporación ha considerado, que la potestad de configuración del legislador debe someterse, entre otras, a un catálogo de reglas generales como son: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares³⁷³; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de pensiones el principio de sostenibilidad financiera (C.P. art. 48).

³⁷³ Sentencia C-1489 de 2000.

En relación con el último punto, cabe recordar que según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc³⁷⁴. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que "no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad".

(...)

6.9. Además, como también lo ha considerado esta corporación, el legislador en ejercicio de la citada potestad de configuración normativa, además de someterse al cumplimiento -en concreto- de aquellas reglas y principios que regulan el suministro y la exigibilidad de las prestaciones que componen el sistema de la seguridad social, se encuentra sujeto de igual manera a la observancia de aquellos otros principios, valores y derechos constitucionales previstos en el texto Superior, que generalmente limitan el desarrollo de la atribución constitucional de regulación.

(...)

6.10. Igualmente, esta Corte ha insistido, en que el control de la Corte sobre medidas relacionadas con la seguridad social debe ser riguroso, cuando a pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, la misma (i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce *prima facie* el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población." (Subraya la Sala).

6.2 El reconocimiento de la licencia de paternidad es desarrollo y realización del derecho fundamental del niño a gozar del *cuidado y amor* de su padre durante los días siguientes al

³⁷⁴ Ver entre otras las sentencias C-623 y C-1024 de 2004, así como la sentencia C-823/06 S.P.V. Nilson Pinilla Pinilla

nacimiento, en concordancia con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política sobre el *interés superior del menor*. Sobre esta clase de medida la jurisprudencia ha precisado:

"...en estos casos se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional 'esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado'".³⁷⁵

El juicio de razonabilidad propuesto para esta medida, según lo ha expresado la Corte³⁷⁶, ha de ser estricto; es decir, el fin debe ser legítimo, importante e imperioso; el medio ha de ser adecuado, efectivamente conducente y necesario, y la relación medio-fin debe ser adecuada, efectivamente conducente y no susceptible de ser remplazada por otro medio alternativo o menos lesivo.

La licencia remunerada de paternidad, establecida en el artículo 1º de la Ley 755 de 2002, cumple con los requerimientos establecidos por la Corte para considerar que aprueba el juicio estricto de razonabilidad, por cuanto (i) **su fin** es legítimo, importante e imperioso, pues está previsto en el artículo 44 de la Constitución Política, que trata del interés superior del menor y que hace imperativo protegerlo; (ii) **el medio** jurídico adoptado es adecuado para la protección del recién nacido, efectivamente conducente, ya que permite al padre brindar cuidado y amor a su pequeño hijo y necesario para el desarrollo integral del menor; y (iii) **la relación medio-fin** es adecuada, efectivamente conducente y necesaria, toda vez que el único beneficiario de la medida adoptada por el legislador es el menor a instancias de la licencia concedida a su padre; es decir, sólo de esta manera podrán estar juntos durante los días siguientes al nacimiento del menor.

6.3. A lo expresado por la Corte en esta materia se añade lo establecido en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, adoptada mediante la Ley 12 de 1991, cuyo artículo 3º, apartado 1, prevé:

"ARTICULO 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". (Se subraya).

³⁷⁵ Sentencia C-111 de 2006.

³⁷⁶ Sentencias C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003.

7. Examen de la norma parcialmente demandada

Considera la Sala que las expresiones demandadas, según las cuales la licencia de paternidad será concedida por un tiempo de cuatro (4) días cuando la madre del recién nacido no esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, establecen una discriminación desproporcionada frente a la licencia de paternidad que se concederá por un tiempo de ocho (8) días cuando la madre del recién nacido esté cotizando al mismo Sistema, razón por la cual los apartes impugnados serán declarados inexecutable.

7.1. La medida adoptada por el legislador resulta desproporcionada por cuanto otorga un estatus privilegiado a quienes cuentan con la ventaja económica de cotizar doblemente al Sistema General de Seguridad Social en Salud (cotizan el padre y la madre del recién nacido), respecto de quienes por circunstancias económicas, laborales o sociales, solamente pueden cotizar mediante los aportes del padre, generando el legislador una situación discriminatoria respecto del derecho fundamental *al cuidado y al amor*, del cual es titular todo niño en los términos del artículo 44 de la Carta Política, sin que resulte constitucionalmente válido ni comprensible bajos los parámetros del artículo 13 de la Constitución, que el infante, persona especialmente protegida en razón de su inmadurez física y mental, tenga que soportar las consecuencias de la discriminación propia de la medida adoptada por el legislador.

Al ponderar la diferencia de trato dispensada por el legislador a los niños cuya madre no está cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente válidas que permitan establecer distinciones entre recién nacidos según sus padres coticen o no simultáneamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues siendo todos los menores titulares del derecho al cuidado y al amor, resulta inadmisibles, bajo los principios del Estado social de derecho, esta clase de discriminación.

7.2. En concordancia con lo anterior, refiriéndose a la proscripción de toda forma de discriminación en contra de los menores, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, adoptada mediante la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 2º., apartado 2:

"ARTICULO 2.

(...)

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la

condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (Subraya la Sala).

7.3. Podría considerarse que con la medida el legislador tuvo como propósito velar por el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud; sin embargo, al ponderar la estabilidad financiera del Sistema con el interés superior del menor y el amparo propio de los derechos fundamentales del niño, no hay duda, como lo establece el artículo 44 superior, que deben prevalecer éstos últimos.

Acerca de la ponderación entre la potestad de configuración legislativa en seguridad social, el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en Salud y la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona, la Corte Constitucional ha explicado:

"... la Sala considera que llegado el momento de ponderar las decisiones del legislador respecto de los derechos intrínsecos e inherentes del ser humano, se debe tener en cuenta el sistema axiológico propio del Estado social de derecho, al interior del cual existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana (...) los cuales, desde una perspectiva constitucional, no pueden resultar abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa ..." ³⁷⁷.

7.4. En cuanto al equilibrio financiero que debe darse en el sistema de seguridad social en salud, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en la Sentencia C-336 de 2008 y, además, la misma Ley 755 de 2002 en el artículo 1º establece que:

"La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad". ³⁷⁸

Observa la Sala que el legislador no distinguió entre el beneficiario de cuatro (4) días de licencia remunerada y el beneficiario de ocho (8) días de la misma prestación; es decir, uno y otro deben haber cotizado durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia, circunstancia que aporta un argumento más para demostrar el trato

³⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁷⁸ Además, para la preservación del equilibrio financiero del Sistema, el artículo 1º. de la Ley 755 de 2002, inciso segundo, establece:

"Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad".

discriminatorio dispensado por el legislador en contra del padre y, en consecuencia, del menor recién nacido cuya madre no cotiza al Sistema.

Cotizar por cerca de dos (2) años al Sistema General de Seguridad Social en Salud para acceder a una licencia remunerada de paternidad de ocho (8) días, puede ser considerado un condicionamiento razonable en aras del equilibrio financiero del Sistema y del soporte económico de las EPS, quienes, previas las verificaciones previstas en la ley, cuentan también con la posibilidad de recavar apoyo del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA-.

7.5. La sostenibilidad financiera de la licencia remunerada de paternidad fue prevista y garantizada mediante el artículo 51 de la Ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo **2003-2006**, hacia un Estado comunitario, que establece:

"ARTICULO 51. LICENCIA DE PATERNIDAD. La licencia remunerada de paternidad de que trata la Ley 755 de 2002 será reconocida por la EPS y recobrada a la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía de acuerdo con las reglas y procedimientos previstos por las normas vigentes para la licencia de maternidad"³⁷⁹.

7.6. La norma acusada se enmarca en los parámetros de la filosofía de un sistema de seguridad social, el cual retribuye u otorga prestaciones acordes con lo estrictamente cancelado por el asegurado; pero no guarda armonía con el postulado imperante hoy en día, de un sistema de seguridad social, que tiene unos valores más humanos, inspirado en la eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, participación y, además, hace parte de la progresividad de los derechos, que es otro principio característico de un sistema de seguridad social (arts. 2º, 3º y 5º, numeral 3 de la ley 100 de 1993), consistente en que los derechos y su evolución tienden siempre a ampliarse y no a restringirse.

³⁷⁹ Esta norma permanece vigente según lo establecido en el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. El artículo 160 de la Ley 1151 de 2002, dispone:

"ARTÍCULO 160. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el inciso segundo del artículo 63 de la Ley 788 de 2002, así como las demás disposiciones vigentes sobre el monto de la contribución cafetera a que se refiere la misma ley, el parágrafo del artículo 4o de la Ley 785 de 2002, el numeral 5 del artículo 2o de la Ley 549 de 1999, el artículo 3o del Decreto 3752 de 2003 y el artículo 79 de la Ley 1110 de 2006 y el inciso 3o del artículo 78 de la Ley 1111 de 2006. Continúan vigentes los artículos 13, 14, 20, 21, 38 reemplazando la expresión "el CNSSS" por "la Comisión de Regulación en Salud", 43, 51, 59, 61, el parágrafo del artículo 63, 64, 65 para el servicio de gas natural 69, 71, 75, 81, 82, 86, 92, 99, 103, 110, 121 y 131, de la Ley 812 de 2003". (Se subraya).

Precisamente, el principio de progresividad y la interpretación del derecho en favor de las garantías consagradas en la Carta Política, llevan a la Corte a declarar la inexequibilidad de las expresiones impugnadas, dejando vigente el aparte que establece en ocho (8) días la licencia remunerada de paternidad, por ser éste un término que permite al beneficiario de la norma disfrutar de la prestación en ella establecida de una manera más cierta y eficaz, más aún cuando se trata de amparar al niño, considerado constitucionalmente sujeto de especial protección.

7.7. En suma, la Sala considera que las expresiones demandadas son inexequibles por cuanto con ellas el legislador desbordó la órbita de su potestad para regular la prestación del servicio público de seguridad social en cuanto a la licencia remunerada de paternidad se refiere; además, considera la Corte que el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud queda salvaguardado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 812 de 2003, mediante la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, norma que permanece vigente.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones *"... cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre..."*, pertenecientes al inciso primero del artículo 1º. de la Ley 755 de 2002, por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo -Ley María-.

3.6.10. SENTENCIA T-760/08

M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

La salud como derecho fundamental. Bloque de constitucionalidad. Reiteración jurisprudencia procedencia tutela derecho a la salud.

"3. El derecho a la salud como derecho fundamental

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le

ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia.

3.1. Noción de salud

La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud "(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo."³⁸⁰ La 'salud', por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la 'ausencia de afecciones y enfermedades' en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es 'un estado completo de bienestar físico, mental y social' dentro del nivel posible de salud para una persona.³⁸¹ En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al *nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia.³⁸²

³⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso se protegió el derecho a la salud de un menor que había sufrido un deterioro en una pierna, en razón a la mala práctica de un servicio de salud que requería (una inyección que se le aplicó), en un primer momento, y a la negativa posterior de la institución (un Hospital) para atender las secuelas causadas a la salud del menor, en un segundo momento.

³⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁸² En la sentencia T-379 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), por ejemplo, la Corte decidió entre otras cosas 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". La Corte tuvo en cuenta que de acuerdo con "el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, dispone que los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna (artículo 24), para lo cual preceptúa que 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

3.2. El derecho fundamental a la salud

3.2.1. La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud. En la presente sentencia, la Sala de Revisión no entra a analizar el concepto de '*derecho fundamental*'. Esta categoría es objeto de sinnúmero de debates doctrinarios y judiciales que no se pretenden zanjar en el presente proceso. Por ello, no entra a definir qué es un derecho fundamental, en general, ni cuáles son los criterios para su identificación o delimitación, entre otras cuestiones. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha ido delimitando algunos aspectos del concepto, que serán retomados a continuación. En un primer momento, la Corte delimitó el concepto de forma negativa, indicando cómo no debe ser entendido. Posteriormente, aportó un elemento definitorio de carácter positivo. Sin embargo, se reitera, esta caracterización mínima del concepto de derecho fundamental no pretende definir la cuestión en términos generales. Estos elementos se retoman, en cuanto han permitido caracterizar el derecho a la salud como fundamental.

3.2.1.1. Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, su postura respecto a qué es un derecho fundamental "(...) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata³⁸³ y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona³⁸⁴".³⁸⁵ Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de

y control", a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental (art. 25.1). || Agrega el Convenio que los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario, y que deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados teniendo en cuenta "sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales" (art. 25.2.). Dispone igualmente que 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 (art. 25.3) y que la prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país (art.25.4.). || En consonancia con este instrumento internacional, el Congreso expidió la Ley 691 de 2001 por medio de la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en salud. Dicho ordenamiento tiene por objeto "proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los pueblos indígenas, garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia e integridad" (art. 1°). Así mismo, allí se establece que para la interpretación y aplicación de dicha Ley se debe tener en cuenta, particularmente, el principio de la diversidad étnica y cultural en virtud del cual "el sistema practicará la observancia y el respeto a su estilo de vida y tomará en consideración sus especificidades culturales y ambientales que les permitan un desarrollo armónico a los pueblos indígenas" (art.3°)."

³⁸³ Sentencia SU-225 de 1998. En otras oportunidades, la Corte ha señalado que ciertos derechos se trasmutan en subjetivos y, por lo mismo, en fundamentales. Ver, por ejemplo, sentencia SU-819 de 1999.

³⁸⁴ Sentencias T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2000.

³⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en este caso se analiza la jurisprudencia sobre la noción de '*derecho fundamental*', a propósito de la petición de una persona para que se le ordenará a una entidad que le expidiera un certificado laboral, necesario para adelantar los trámites de su pensión.

un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental.³⁸⁶ Esta diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que *'siendo inherentes a la persona humana'*, no estén enunciados en la Carta.

3.2.1.2. La Corte Constitucional ha reiterado que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales' es el concepto de *'dignidad*

³⁸⁶ Las diversas concepciones sobre el concepto derecho fundamental fueron recogidas por la sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) en los siguientes términos: "En sentencia T-418 de 1992 señaló que 'los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible'. || Por su parte, en sentencia T-419 de 1992 señaló que 'los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. Son los derechos fundamentales que le protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad frente a sus congéneres, amparan su derecho a la intimidad, garantizan su libertad de conciencia, de cultos, de expresión y pensamiento; salvaguardan su honra, le permiten circular libremente, le preservan el derecho al trabajo, a la educación y la libertad de escogencia de una profesión u oficio, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; su juzgamiento debe respetar el debido proceso, se le garantiza el derecho a la libre asociación y a formar sindicatos, etc." || En el mismo año 1992, en sentencia T-420 esta Corporación indicó que los derechos fundamentales se caracterizan "porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana". Nota al pie: [En similar sentido T-571 de 1992: "el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana".] || Junto a la idea de que existen elementos materiales, propios o derivados del mismo derecho, que definen el carácter fundamental de un derecho constitucional, la Corte ha señalado que también deben considerarse las circunstancias materiales y reales del caso concreto [Ver sentencias T-491 de 1992, T-532 de 1992, T-571 de 1992, T-135 de 1994, T-703 de 1996, T-801 de 1998, entre otras], así como el referente en el derecho positivo. En sentencia T-240 de 1993, la Corte señaló que '8. La Constitución como norma básica de la convivencia social y de estructura abierta y dinámica tiene en la comunidad su correlato necesario. Los bienes que la Carta protege y valores que prohija tienen igualmente relevancia social y su existencia o defecto no son ajenos a su realidad fenomenológica. Sin embargo, el concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo, de suerte que se impone encontrarse en un supuesto comprendido dentro de su ámbito material delimitado o supuesto por el Constituyente para poder gozar de él.'."

humana', el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona, como lo dijo el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto dijo la Corte en la sentencia T-227 de 2003,

*"En sentencia T-801 de 1998, la Corte indicó que "es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor". De esta sentencia surge un elemento que resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: dignidad humana."*³⁸⁷

Este concepto, ha señalado la Corte, guarda relación con la "libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle" y con "la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad".³⁸⁸ Por tanto, a propósito de la relación entre derecho fundamental y dignidad humana, la jurisprudencia, en la sentencia T-227 de 2003, concluyó lo siguiente,

"(...) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la "libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle" y de "la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad", definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

*En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (...)"*³⁸⁹

³⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

³⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

³⁸⁹ Al respecto, continúa la sentencia: "Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Así, por ejemplo, en la actualidad existe consenso en torno a la absoluta necesidad de que los procedimientos judiciales y administrativos estén fijados normativamente (principio de legalidad) y que prevean la posibilidad de controvertir pruebas, presentar las propias y de rebatir argumentos y ofrecer los

En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal.

3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) *todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las Leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.³⁹⁰ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un

propios (derecho de defensa), para que la persona pueda ser libre y activa en sociedad; mientras que serán las circunstancias concretas las que definan si una cirugía estética únicamente persigue intereses narcisistas o responden a una necesidad funcional, para que la persona pueda ser activa en sociedad (v. gr. alteraciones funcionales y dolor que exigen una reducción de senos). Resulta ejemplarizante la discusión en torno el reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas, en la cual el consenso logrado únicamente se explica por la necesidad de proteger elementos funcionalmente indispensables para la correcta operación jurídica de estas instituciones. || Lo anterior, debe precisarse, no implica que en sí mismo derechos constitucionales no tengan carácter fundamental. La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos sine qua non para predicar el respeto por dicho valor.” Sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

³⁹⁰ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista

servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.³⁹¹ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.³⁹²

El legislador también se ha pronunciado al respecto, al expedir la Ley para 'mejorar la atención' de las personas que sufren enfermedades ruinosas o catastróficas, en la cual se advierte que el contenido de la Ley, y de las disposiciones que las complementen o adicionen, *'se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona.'* (art. 2, Ley 972 de 2005).

3.2.1.4. Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual,³⁹³ extendiendo así el alcance de

amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental." Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

³⁹¹ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que "(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)" En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

³⁹² Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte "[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud."

³⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino); en este caso la Corte consideró que "(...) la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana

la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.³⁹⁴ En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer "(...) *que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.*"³⁹⁵ Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la 'dignidad humana', "(...) *elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.*"³⁹⁶

3.2.1.5. El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. En cuanto a la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud, se hará referencia posteriormente a ella en el presente capítulo de esta sentencia (*ver apartado 3.4.2.*).

3.2.1.6. Finalmente, se insiste en que en la presente sentencia la Sala de Revisión no entra a establecer en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental, en general, ni con relación al caso concreto de la salud. Partirá de la decisión de varias Salas de Revisión de la Corte Constitucional, así como de la Sala Plena, de reconocer el derecho a la Salud como un derecho fundamental. En esta sentencia la Sala se detendrá en las implicaciones que se derivan de reconocer la fundamentalidad del derecho a la salud, en especial en lo que respecta a las fallas en la regulación de su sistema de protección.

3.2.2. Ahora bien, uno de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional ha avanzado, es en el de señalar que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque

del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional."

³⁹⁴ En la sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, 'en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales'.

³⁹⁵ En la sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

³⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino). En este caso se reiteró que "... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.", tal como lo había considerado la Corte Constitucional en la sentencia C-684 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.³⁹⁷

La jurisprudencia constitucional señaló tempranamente que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud.³⁹⁸ Recientemente, el legislador concedió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver algunos de los conflictos suscitados con ocasión de la prestación de los servicios de salud (Ley 1122, art. 41). Esta decisión legislativa ha sido revisada hasta el momento en dos ocasiones por la Corte Constitucional. En la primera ocasión se resolvió declarar constitucional la norma por lo cargos estudiados en la demanda, *"en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control."*³⁹⁹ En la segunda ocasión, también se declaró constitucional la norma por los cargos analizados en la

³⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto); en este caso la Corte señaló que "(...) una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin."

³⁹⁸ Incluso en aquellos casos en los que la afección a la salud fue causada por la ineficiencia del Estado, y se cuenta con acciones contencioso administrativas para reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados, la tutela es el medio idóneo para proteger el derecho a la salud de la persona, en especial, cuando se trata de garantizar el acceso al servicio de salud que se requiera con necesidad. Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en este caso la Corte consideró que "[la] atención médica inmediata a la víctima de un accidente causado en virtud de la objetiva ineficiencia de la administración en la prestación de un servicio público, en la sentencia con la cual se pone término a una acción de reparación directa, tiene únicamente carácter resarcitorio de los gastos incurridos por ese concepto y es necesariamente posterior a la misma. || Si la condición económica de la víctima y la naturaleza de la lesión sufrida son tales que, sin apoyo externo, no es posible recibir el tratamiento médico o quirúrgico necesario, como ocurre en el presente caso, cabe preguntarse si la pretensión de obtener dicha prestación hace parte del derecho a la salud y debe ser suministrada por la entidad pública cuya acción u omisión que traducen un grado objetivo de ineficiencia fueron causa determinante del accidente."

³⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso se decidió seguir la jurisprudencia constitucional acerca de 'las condiciones bajo las cuales puede entenderse que las facultades jurisdiccionales asignadas a una Superintendencia son constitucionales', a saber, "(i) las materias específicas deben estar precisadas en la Ley, (ii) no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y, (iii) al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control. Por lo tanto, no pueden ser ejercidas ambas funciones por los mismos funcionarios." En casos similares, la Corte Constitucional, para asegurar la diferenciación estructural y funcional, ha condicionado la exequibilidad de varias disposiciones acusadas [sentencias C-649 de 2001 y C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett)].

sentencia,⁴⁰⁰ pues se consideró que adjudicar funciones judiciales a la Superintendencia Nacional de Salud no implica, en modo alguno, que la acción de tutela deje de ser un medio judicial idóneo para reclamar la protección del derecho a la salud.⁴⁰¹ La Corte también advirtió que los funcionarios de la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones judiciales, están obligados a usar la excepción de inconstitucionalidad, al igual que cualquier otro Juez de la República, por lo que no pueden dejar de aplicar la Constitución o de garantizar el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental a una persona, so pretexto de aplicar de manera preferente normas regulatorias contrarias a la Constitución, de rango inferior, bien sean legislativas o administrativas (decretos, resoluciones, acuerdos, etc.).⁴⁰²

⁴⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); en este caso se resolvió declarar exequible el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con relación al cargo presentado por la demanda, según el cual "cuando la Superintendencia ejerza las funciones judiciales que le han sido otorgadas a para definir en ciertos casos la cobertura del plan obligatorio de salud (cuando su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario), esta entidad incurrirá en una violación del debido proceso (C.P. art. 29), porque sólo los jueces de tutela tienen la competencia para amparar el derecho a la salud inaplicando normatividad de rango legal o reglamentario."

⁴⁰¹ La Corte Constitucional dijo al respecto: "(...) cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la '(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario'(art. 41, Ley 1122 de 2007), en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder 'como mecanismo transitorio', en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que 'la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas.' (T-067 de 1998)" Sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁴⁰² La Corte indicó al respecto: "De otro lado, el cargo que se analiza parte también de otro supuesto errado al considerar que sólo el juez de tutela puede inaplicar por inconstitucional la normatividad que consagra los procedimientos, tratamientos y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS, cuando dichas normas consagran exclusiones que en el caso concreto pongan en riesgo la vida o la dignidad de las personas. Ciertamente, esta inaplicación es una forma de ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, que no es una posibilidad reservada a los jueces constitucionales sino que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Política, debe ejercerse por todos los jueces que, al estar llamados a aplicar una disposición jurídica en un caso concreto, encuentren que ésta resulta incompatible con la Constitución. En efecto, el artículo 4° superior indica con toda claridad que '(e)n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales'. (Destaca la Corte). || Así las cosas, cuando en ejercicio de funciones jurisdiccionales la Superintendencia Nacional de Salud encuentre que la aplicación de las normas que definen la cobertura del POS o del POSS, en el caso concreto conlleva la vulneración de derechos fundamentales como el de la salud en

3.2.3. El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: "[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad."⁴⁰³

3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la *conexidad*: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en *conexidad* con el goce efectivo de un derecho fundamental.⁴⁰⁴ La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad.⁴⁰⁵

conexión con la vida o con la dignidad, deberá inaplicar dicha normatividad." Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁴⁰³ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto).

⁴⁰⁴ Desde su inicio la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en *conexidad* "con un principio o con un derecho fundamental". Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

⁴⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso la Corte señaló: "En ciertos eventos - éste es uno de ellos - la atención médica inmediata tiene una relación directa con la conservación de la vida y la salud, hasta el punto que si ella deja de darse la persona puede morir o su salud menguarse en grado sumo. En estas condiciones la atención médica como modalidad del derecho a la vida y a la salud indiscutiblemente tendría aplicación inmediata (CP art. 85)."

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”.⁴⁰⁶ Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el ‘*principio de igualdad en una sociedad*’.⁴⁰⁷ Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de ‘*un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.*’

408

3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la ‘conexidad’, casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró ‘artificial’ tener que recurrir a la ‘estrategia de la conexidad’ para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,

“Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional⁴⁰⁹ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

⁴⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴⁰⁹ En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños,

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aun tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.”⁴¹⁰

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’.⁴¹¹ Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”⁴¹² La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección

niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

⁴¹⁰ Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) en la cual se estudió el caso de una menor que padecía una lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la extracción de la carnosidad. La EPS negó el procedimiento por considerar que el mismo era de carácter estético. La Corte protegió los derechos de la menor, ordenó practicar la cirugía e indicó: “() en el presente asunto se trata de una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético”

⁴¹¹ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

⁴¹² En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la Ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere “(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la Ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.⁴¹³

Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud.

3.3. Facetas positivas y negativas derivadas del derecho a la salud; jurisprudencia sobre la protección de los derechos fundamentales, a propósito de las obligaciones de contenido prestacional

3.3.1. El derecho a la salud tiene una marcada dimensión positiva, aunque también tiene dimensiones negativas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un inicio, que el Estado, o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona.⁴¹⁴ En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales no se deriva la obligación de realizar una acción positiva, sino más bien, obligaciones de abstención, en tanto no suponen que el Estado haga algo, sino que lo deje de hacer, no hay razón alguna para que sean obligaciones cuyo cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado entidad o persona cuente con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada.

⁴¹³ La Corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental, entre otros casos, en las sentencias T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴¹⁴ En la sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte Constitucional decidió tutelar el derecho de un trabajador independiente que había sufrido una afección a la salud (quemaduras por descargas eléctricas), causadas por cables eléctricos del alumbrado público que se encontraban en mal estado. La Corte Constitucional consideró lo siguiente: "La empresa pública demandada, circunstancialmente notificada de su propia ineficiencia, finalmente - aunque al principio su conducta fue equívoca y reluctante - y como fruto de la acción de tutela interpuesta, adoptó un comportamiento consistente con el deber de corregir la ineficiencia observada: retiró los postes que soportan el alumbrado público colocando los cables a la distancia requerida y sufragó los gastos de hospitalización de la víctima del accidente. No habría cumplido el mencionado deber de corregir su propia ineficiencia de haberse limitado a retirar los postes y no procurar la inmediata atención médica del peticionario quien en su propio cuerpo portaba la marca indeleble de su infortunada ineficiencia." En la sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional protegió el derecho a la salud de un niño, cuya pierna fue afectada gravemente por la acción de un Hospital, en primer término, y por la posterior omisión del mismo, para brindar la atención médica necesaria para minimizar el impacto causado por el Hospital a la salud del menor. Dijo al respecto la sentencia: "(...) en la actuación del personal hospitalario pueden diferenciarse dos momentos. Uno inicial, cuando se aplicó la inyección - con independencia del juicio de responsabilidad que pueda existir - y uno posterior, cuando se negó el tratamiento. En el primero de ellos se presenta una acción; en el segundo, una omisión. Ambos, con sus respectivas acción y omisión se complementan para determinar el resultado específico de la pérdida funcional del pie del menor. (...)".

3.3.2. La Corte no considera que las facetas positivas de un derecho siempre estén sometidas a una protección gradual y progresiva. *'Cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado'*, éste puede reclamar la protección judicial inmediata del derecho. El criterio propuesto por la jurisprudencia para determinar cuándo se está ante tal situación es el de *urgencia*, el cual es expuesto en la sentencia T-595 de 2002 en los siguientes términos,

"(...) La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable. El criterio de la urgencia torna objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación que, de otra forma, permanece dentro de la esfera decisoria del obligado (...)."^{415''416}

3.3.3. Para la jurisprudencia constitucional, la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, más no jurídica o conceptual. Según la Corte, *"[l]a creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no"*.⁴¹⁷ Desde su inicio, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien el carácter prestacional de los derechos constitucionales está 'estrechamente' relacionado con

⁴¹⁵ En la sentencia T-1279 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) se consideró acerca del derecho a la salud que: *"(...) el legislador determinó que enfermedades que no afectan de manera grave la salud de la persona deben ser costeadas por ella misma o su familia, sin que para ello pueda pretenderse la participación en los recursos destinados a combatir otras enfermedades de mayor entidad para el individuo y de mayor relevancia social, a juicio de los órganos democráticos habilitados para fijar las prioridades de la política pública de salud. Sin embargo, en reiteradas ocasiones la Corte ha sostenido que una persona tiene derecho a recibir una prestación específica así ésta haya sido excluida del POS [Plan Obligatorio de Salud] cuando ello es necesario para evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, en especial para evitar el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad del accionante. En esta hipótesis el ámbito de la protección del derecho a la salud se expande más allá de los límites que se le han fijado en virtud del POS. Pero la Corte debe apreciar caso por caso si ello es así."* [Nota original del texto de la sentencia].

⁴¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en la sentencia se da el siguiente ejemplo de 'urgencia': *"(...) Por ejemplo, se vulnera el derecho a la libertad de locomoción de la persona que requiere de un tratamiento médico vital al que sólo puede acceder con el transporte público, cuando no se le garantiza inmediatamente el acceso al mismo de forma que se evite el daño grave e inminente que puede sufrir en caso de no recibir la atención requerida. (...)"*

⁴¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en este caso se tuteló el derecho a la libertad de locomoción de un discapacitado, en una de sus facetas prestacionales. Esta decisión, en especial lo referente al carácter prestacional de algunas facetas de todos los derechos fundamentales (de libertad o sociales), ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-276 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-520 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-680 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-025 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-087 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-792 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), .

los derechos económicos, sociales y culturales, no se trata de dos categorías idénticas, que coincidan.⁴¹⁸

3.3.4. No es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría 'derechos no prestacionales' o 'derechos negativos'. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.

3.3.5. La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de '*prestacional*' no se predica de la categoría '*derecho*', sino de la '*faceta de un derecho*'.⁴¹⁹ Es un error categorial hablar de '*derechos prestacionales*', pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales.

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento *inmediato*, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico),⁴²⁰ o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–).

⁴¹⁸ En la sentencia T-427 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) consideró al respecto lo siguiente: "Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del capítulo 2, título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad —derechos civiles y políticos fundamentales— pueden contener un elemento prestacional. En términos generales, el carácter prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y, en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar derivada del mismo texto constitucional." Esta decisión ha sido reiterada, entre otras ocasiones, en la sentencias T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-792 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto),

⁴¹⁹ En la sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte estudió la acción de tutela de un ciudadano que consideraba que una de las entidades que opera el sistema de transporte público de Bogotá, – Transmilenio S.A., violaba su derecho a la libertad de locomoción y desconocía la especial protección que la Constitución le brinda, al no haber garantizado la accesibilidad a las rutas periféricas [rutas alimentadoras] del Sistema a las personas con discapacidad –en concreto, personas en silla de ruedas–. La Corte resolvió el caso a favor del accionante. La Corte consideró que el derecho de los discapacitados para acceder al sistema de transporte público en condiciones de igualdad supone una faceta prestacional de la libertad de locomoción de carácter progresivo, por cuanto requiere "tiempo para diseñar y planificar, así como la necesidad de apropiar y destinar recursos para adecuar las condiciones existentes". Por eso, el cumplimiento pleno e integral de esta faceta del derecho no puede ser exigido de forma instantánea. De acuerdo con la Corte, en este campo, como en otros, "[e]s preciso que gradualmente se vayan implementado las diversas políticas que aseguren a los discapacitados su inclusión a la sociedad."

⁴²⁰ Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.

3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante.⁴²¹ Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.⁴²²

⁴²¹ En la sentencia T-595 de 2002 la Corte señaló al respecto lo siguiente, "Decidir cuál es la mejor forma de remover las cargas excesivas que pesan sobre este grupo de personas conlleva, necesariamente, el diseño de una política pública mediante la cual se tomen las medidas adecuadas para cumplir el mandato constitucional de proteger especialmente a los discapacitados y garantizar su integración social. Es pues, tarea de la Administración Pública destinar los recursos humanos y materiales para que, dentro de un marco de participación democrática, se conciban los programas y apropien los recursos con los cuales se financiará la implementación de las medidas que se adopten para atender esta demanda social. (...). || No es pues competencia del juez de tutela sino de Transmilenio S.A., decidir la forma como deben ser removidas estas cargas excesivas que se le imponen a este grupo social para acceder al servicio de transporte masivo (...)." La Corte consideró que "[e]xisten diversas alternativas para que se garantice a las personas de movilidad reducida el goce efectivo de su libertad de locomoción en una ciudad. Tal y como lo señaló (...) Transmilenio (...) [a]decuar todos los buses podría llegar a suponer un costo demasiado alto si, por ejemplo, en lugar de ello se pudiese atender las necesidades de todo este grupo de discapacitados con sólo unos pocos buses acondicionados específica y exclusivamente para su uso. De hecho, como se consignó en los antecedentes, Transmilenio sostiene estar considerando esta opción."

⁴²² La Corte Constitucional considera que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho "(...) le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo." Sentencia T-772 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en este caso la Corte decidió, con base en su jurisprudencia que "(...) las autoridades sí tienen el deber y la potestad constitucionales de adelantar políticas, programas y medidas orientadas a recuperar y preservar el espacio público, pero tales políticas, programas y medidas (i) se han de adelantar siguiendo el debido proceso y dándole a los afectados un trato digno, (ii) deben respetar la confianza legítima de los afectados, (iii) deben estar precedidas de una cuidadosa evaluación de la realidad sobre la cual habrán de tener efectos, con el seguimiento y la actualización

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia "el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse".⁴²³

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, *"lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos"*⁴²⁴. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante *'no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan'*.⁴²⁵

necesarios para guardar correspondencia en su alcance y características con dicha realidad, con miras a asegurar el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, y (iv) no se pueden adelantar en forma tal que se lesione desproporcionadamente el derecho al mínimo vital de los sectores más vulnerables y pobres de la población, ni de manera tal que se prive a quienes no cuentan con oportunidades económicas en el sector formal de los únicos medios lícitos de subsistencia que tienen a su disposición."

⁴²³ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en este caso se dice al respecto: "(...) si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de éste tipo, que es su obligación hacer cumplir. A medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo." Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-739 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño) –en este caso se precisó el alcance del principio de progresividad, a propósito de la continuidad en las condiciones de acceso al servicio de salud–, y la sentencia T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) –este caso precisó los alcances del principio al acceso a la educación para personas con discapacidad–.

⁴²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); al respecto, la Corte señaló lo siguiente: "Si bien Transmilenio S.A. no puede de manera inmediata e instantánea, garantizar el acceso de Daniel Arturo Bermúdez Urrego al Sistema de transporte sin tener que soportar cargas excesivas, lo mínimo que debe hacer para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de la libertad de locomoción en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos, como de los demás discapacitados físicos."

⁴²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dijo la Corte al respecto: "(...) No contar siquiera con un plan mediante el cual se busque gradualmente garantizar su acceso al servicio de transporte público de Bogotá, vulnera no sólo su libertad de locomoción sino su derecho a la igualdad, así como también amenaza las diversas garantías cuyo ejercicio está supeditado a la posibilidad de movilizarse, como el derecho al trabajo, la educación, la salud o el libre desarrollo de la personalidad."

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas. En la sentencia T-595 de 2002 se indicó al respecto lo siguiente,

*"No poder garantizar de manera instantánea el contenido prestacional del derecho es entendible por las razones expuestas; pero carecer de un programa que de forma razonable y adecuada conduzca a garantizar los derechos en cuestión es inadmisiblemente constitucionalmente. El carácter progresivo de la prestación no puede ser invocado para justificar la inacción continuada, ni mucho menos absoluta, del Estado. Precisamente por el hecho de tratarse de garantías que suponen el diseño e implementación de una política pública, el no haber comenzado siquiera a elaborar un plan es una violación de la Carta Política que exige al Estado no sólo discutir o diseñar una política de integración social [para discapacitados], sino adelantarla."*⁴²⁶

3.3.10. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

3.3.11. La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan* para progresivamente cumplirla.⁴²⁷ Así pues, en la sentencia T-595 de 2002, por ejemplo, - en lo que respecta a las dimensiones positivas de la libertad de locomoción de los discapacitados - al constatar que la entidad acusada violaba el derecho

⁴²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); al respecto, la Corte añadió: "(...) Esta es la consecuencia lógica que se sigue de la jurisprudencia constitucional en materia de prestaciones programáticas, que establece que la plena realización de éstas será gradual. La jurisprudencia ha indicado así que el alcance de exigibilidad debe aumentar con el paso del tiempo, con el mejoramiento de las capacidades de gestión administrativa, con la disponibilidad de recursos y, lo que es especialmente relevante en el presente caso, con las decisiones democráticamente adoptadas y plasmadas en Leyes de la República, mediante las cuales el Congreso fija metas y señala la magnitud de los compromisos encaminados a lograr el goce efectivo de tales prestaciones."

⁴²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dice la Corte al respecto: "Primero, como se dijo, debe existir una política pública, generalmente plasmada en un plan. Es lo mínimo que debe hacer quien tiene la obligación de garantizar la prestación invocada. Se desconoce entonces la dimensión positiva de un derecho fundamental en sus implicaciones programáticas, cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero seria y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo."

fundamental exigido, por no contar con un plan,⁴²⁸ la Corte resolvió, entre otras cosas, tutelar los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad del accionante, en razón a su discapacidad especialmente protegida.

3.3.12. La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas.⁴²⁹ Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) *"sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución"* o (ii) *"que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable"*.⁴³⁰

3.3.13. La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática.⁴³¹ En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) *'que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan'*, o (ii) *'que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente'*.⁴³² Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso

⁴²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte indicó al respecto: "No obstante, pese a que Transmilenio logró que Sistema Troncal sea un ejemplo de accesibilidad a nivel no sólo nacional sino regional, y que tiene razón en cuanto a la imposibilidad de tener actualmente el Sistema de rutas alimentadoras en el mismo nivel, advierte la Corte que no ha observado el contenido mínimo exigible del derecho fundamental invocado, esto es, la existencia de una política pública que se concrete en un programa de acción. Según el Gerente de la Empresa, aunque se han estudiado algunas alternativas, actualmente no existe un plan que asegure al accionante, progresivamente, la accesibilidad al servicio de transporte público."

⁴²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dice la Corte al respecto: "Segundo, el plan debe estar encaminado a garantizar el goce efectivo del derecho; el artículo 2° de la Constitución fija con toda claridad este derrotero. La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan sólo en el papel, que se es titular de ciertos derechos. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estos deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución."

⁴³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴³¹ Al respecto, la Corte señaló específicamente lo siguiente: "Tercero, el plan debe ser sensible a la participación ciudadana cuando así lo ordene la Constitución o la Ley. Este mandato proviene de diversas normas constitucionales, entre las cuales se destaca nuevamente el artículo 2°, en donde se indica que es un fin esencial del Estado '(...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; (...)', lo cual concuerda con la definición de la democracia colombiana como participativa (artículo 1° C.P.)." Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴³² Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar *"por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido."*⁴³³ La Corte resolvió proteger el derecho a la participación del accionante, en su condición de miembro de organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad.⁴³⁴

3.3.14. En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.⁴³⁵

3.3.15. En el caso en que el Juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana. Así por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, la Corte resolvió ordenar a la entidad acusada que en el término máximo de dos años, diseñara un plan orientado a garantizar el *acceso* del accionante al Sistema de transporte público básico

⁴³³ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte consideró que el mandato de garantizar la participación ciudadana es reiterado específicamente para al ámbito del servicio público de transporte, por la Ley 105 de 1993 en los siguientes términos, "Artículo 3° — Principios del Transporte público. (...) || 4. De la participación ciudadana. Todas las personas en forma directa, o a través de las organizaciones sociales, podrán colaborar con las autoridades en el control y vigilancia de los servicios de transporte. Las autoridades prestarán especial atención a las quejas y sugerencias que se formulen y deberán darles el trámite debido." Para la Corte, la norma resalta la importancia de la participación para controlar y vigilar la gestión del Estado. También prevé que en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas se 'prestará especial atención a las quejas y sugerencias de las organizaciones sociales'.

⁴³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte resolvió, entre otras cosas, ordenar a Transmilenio S.A. que informara cada tres meses al accionante, en su condición de miembro de la junta directiva de ASCOPAR (Asociación Colombiana para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad), del avance del plan dispuesto para garantizar el acceso de los discapacitados al sistema de transporte, para que al igual que el representante de la Asociación, pudiera participar en las fases de diseño, ejecución y evaluación.

⁴³⁵ Estos elementos, fijados por la jurisprudencia en la sentencia T-595 de 2002, han sido reiterados en varias ocasiones por la Corte Constitucional, entre ellas, en las sentencias T-792 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas,⁴³⁶ y que una vez diseñado el plan, iniciara inmediatamente el proceso de ejecución, de conformidad con el cronograma incluido en él. Se impartieron pues las órdenes necesarias para que el derecho sea protegido, sin indicar concretamente cuál es el diseño de política pública que se ha de adoptar para garantizar el goce efectivo del derecho.⁴³⁷

Ap

Actividades pedagógicas

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor realice las siguientes cuestiones:

1. ¿Cómo se determina los medicamentos y tratamientos excluidos del Pos?, y ¿cómo se reconsidera la inclusión en el POS?
2. ¿En qué circunstancias la salud tiene el carácter de derecho fundamental directo?
3. ¿Qué importancia tiene el dictamen de la junta Regional de Calificación de Invalidez? ¿Puede ser controvertido judicialmente?
4. ¿En qué circunstancias se presenta multifiliación? ¿Cuál es la sanción?

Ae

Autoevaluación

Por favor desarrolle los siguientes casos, con base en las preguntas que se presentan a continuación:

⁴³⁶ Luego de considerar el orden constitucional vigente aplicable al caso, la Corte consideró que “el ámbito de protección de la libertad de locomoción de una persona discapacitada contempla la posibilidad de acceder al sistema de transporte público básico de una ciudad en condiciones de igualdad, es decir, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas”. Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte advierte expresamente que: [l]a dimensión positiva de este derecho fundamental supone, por lo menos (i) contar con un plan, (ii) que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y (iii) que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las Leyes vigentes que desarrollan la Constitución en este ámbito.’

3.7. CASOS

1. La menor de edad *CARITO BUENAHUJA* afiliada a *MAS SALUD EPS del Régimen Subsidiado* es atendida el 9 de marzo en el hospital público de Paipa, donde el médico tratante le ordenó un TAC Cerebral Simple y contrastado, con el propósito de diagnosticar la enfermedad de la paciente.

El 6 de abril de 2004, *MAS SALUD EPS* expidió un formato de negación del examen porque el servicio médico solicitado se encontraba por fuera del POSS.

La madre de la menor realiza la solicitud a la Dirección Territorial de Salud de Boyacá, quién le informó el 13 de abril de 2006, por medio de un formato la no autorización del servicio, al señalar que existen ayudas diagnósticas practicadas a la usuaria para confirmar la patología.

La madre de la menor argumenta que la EPS le informó que no podía autorizar el examen, pero nunca le explicó el procedimiento a seguir para lograrlo por otra vía. Adicionalmente refiere que carece de los recursos económicos para sufragar el costo del examen que requiere su hija.

1. ¿Qué derechos fundamentales le están violando a la menor *CARITO BUENAHUJA*?
2. ¿Quién debe cubrir el costo del examen de la menor?
3. ¿Qué procedimiento debió realizar la *EPS MAS SALUD* frente a la situación planteada?

2. El señor *TOMATICO SEMBRADO* se vinculó a la compañía *CARROS NUEVOS ECOLOGICO LTDA* y fue afiliado a partir del 23 de agosto de 2006 con el 8561584, al

Sistema de Seguridad Social Integral en Salud a través de GOZA LA VIDA EPS del Régimen contributivo.

La EPS GOZA LA VIDA mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2006, le negó el servicio de urgencia que requirió para su menor hijo, argumentando que en razón a que el trabajador se encuentra afiliado simultáneamente a EPS AMANECER SALUDABLE, de común acuerdo con esa entidad se decidió que el encargado de prestar el servicio solicitado era EPS AMANECER SALUDABLE.

De esta forma la EPS GOZA LA VIDA procedió a desafiliar al señor TOMATICO SEMBRADO y a su familia de esta entidad.

El señor TOMATICO SEMBRADO afirma que desde el mes de junio de 2005, aparece como retirado de EPS AMANECER SALUDABLE, pero esa novedad no ha sido registrada aún, causándole graves perjuicios para él y sus beneficiarios, puesto que desde el 30 de octubre de 2006, su hijo no ha recibido atención médica, ni medicamentos, razón por la que su salud se ha ido deteriorando progresivamente.

Igualmente sostiene que desde el día de la afiliación a EPS GOZA LA VIDA ha realizado sin mora alguna los aportes correspondientes a salud que la Ley ordena, con lo cual ha cumplido con sus deberes de afiliado.

1. ¿Cuáles derechos fundamentales le fueron vulnerados al menor?
2. ¿Qué otros derechos fueron desconocidos en este caso?
3. ¿Existían razones para que en forma unilateral, las EPS hubieran decidido sobre la continuación de la afiliación en la EPS AMANECER SALUDABLE?
4. ¿Cuál de las dos afiliaciones debe prevalecer en este caso?.

GLOSARIO Y DICCIONARIO DE SIGLAS

ACCIDENTE DE TRANSITO

Se entiende por accidente de tránsito el suceso ocasionado o en el que haya intervenido al menos un vehículo automotor en movimiento, en una vía pública o privada con acceso al público, destinada al tránsito de vehículos, personas y/o animales, y que como consecuencia de su circulación o tránsito, o que por violación de un precepto legal o reglamentario de tránsito, cause daño en la integridad física de las personas. No se entiende como accidente de tránsito aquel producido por la participación del vehículo en actividades o competencias deportivas, por lo cual los daños causados a las personas en tales eventos serán asegurados y cubiertos por una póliza independiente. (*numeral 1 Artículo 1, Decreto 3990 de 2007*)

AFILIADO

Son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado y los vinculados temporalmente. Estos pueden ser cotizantes o beneficiarios.

La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es obligatoria y se efectuará a través de los regímenes contributivo y subsidiado. Temporalmente, participará dentro del sistema la población sin capacidad de pago que se encuentre vinculada al sistema. (*Artículo 25 Decreto 806 de 1998*)

ALIANZAS O ASOCIACIONES DE USUARIOS

Es una agrupación de afiliados del régimen contributivo y subsidiado, del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que tienen derecho a utilizar unos servicios de salud, de acuerdo con su sistema de afiliación, que velarán por la calidad del servicio y la defensa del usuario. (*Artículo 157 Parágrafo 3 Ley 100 de 1993*)

ALTO COSTO

Son los tratamientos y servicios de salud que reciben las personas que padecen enfermedades ruinosas o catastróficas, como sida y sus complicaciones, diálisis por insuficiencia renal y trasplantes de riñón, corazón, médula ósea o córnea, entre otros.

ARP (ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES).

Es la aseguradora que se encarga de afiliar y recaudar las cotizaciones de los afiliados, para prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan, mediante el reconocimiento de prestaciones económicas.

ARS (ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO).

Es la entidad encargada de la administración del Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, y de garantizar las prestaciones asistenciales del –POSS-. Con la introducción de la Ley 1122 se modificó su denominación por EPS del Régimen Subsidiado

ASEGURAMIENTO EN SALUD

Es la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. (*Artículo 14 Ley 1122 de 2007*)

ATENCIÓN BÁSICA.

Son las intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria. (*Artículo 165 Ley 100 de 1993*)

ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS

Todas aquellas acciones realizadas a una persona con patología de urgencia consistentes en las actividades, procedimientos e intervenciones necesarios para la estabilización de sus signos vitales; la realización de un diagnóstico de impresión y la definición del destino inmediato de la persona con la patología de urgencia tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud. (*Artículo 12 Decreto 783 de 2000*)

BDUA (BASE DE DATOS UNICA DE AFILIADOS).

Es la base de datos de afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, y de los regímenes especiales y exceptuados. Constituye la herramienta para el ejercicio de las funciones de dirección y regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como para el flujo de recursos de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

CATASTROFES DE ORIGEN NATURAL

Se consideran catástrofes de origen natural aquellos cambios en el medio ambiente físico, identificables en el tiempo y en el espacio, que producen perjuicios masivos e indiscriminados en la población y afectan de manera colectiva a una comunidad, tales como sismos, maremotos, erupciones volcánicas, deslizamientos de tierra, inundaciones y avalanchas. (*Artículo 1, numeral 4 Decreto 3990 de 2007*)

COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO

Organismo o junta cuya función primordial es analizar, para su autorización, las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos que están por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS). Está conformado por un (1) representante de la EPS, un (1) representante de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), y un (1) representante de los usuarios. Dicho comité entre otras disposiciones se encuentra regulado por la **Resolución 5061 de 1997**, modificada entre otras por la Resolución 2312 de 1998, Resolución 2933 de 2006, y la última **Resolución 3099 de 2008**, que regula su funcionamiento y lo adapta a lo decidido en la **Sentencia C-463 de 2008**. Posterior a esta decisión judicial se produjo la **Sentencia T-760 de 2008**, que reitera la obligación de acudir al Comité Técnico Científico, y se espera nueva reglamentación.

COPAGO

Es el aporte en dinero que corresponde a una parte del valor del servicio requerido por el beneficiario; tiene como finalidad ayudar a financiar el sistema. Se cobra sólo a los afiliados beneficiarios (familiares del cotizante). NO se paga en: Actividades de promoción y Prevención, Atención Inicial de Urgencias y Enfermedades catastróficas. (*Artículo 2 Acuerdo 260 de 2004*)

CONTROL

Atribuciones para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular de los vigilados y sancionar actuaciones que se aparten del ordenamiento. (*Artículo 35 literal c Ley 1122 de 2007*).

COTIZACIÓN

Es la fuente de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo y corresponde al monto del descuento que se le hace al pensionado, trabajador (dependiente e independiente) y del aporte que le corresponde al empleador. Corresponde al 12.5% del ingreso base de cotización. (*Artículo 10 Ley 1122 de 2007*)

CUOTAS MODERADORAS

Son los aportes en dinero que se cobra a todos los afiliados (cotizantes y a sus familiares), por servicios que éstos demanden que tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular el buen uso del servicio de salud, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las Entidades Promotoras de Salud. (*Artículo 1 Acuerdo 260 de 2004*)

COMISION DE REGULACION EN SALUD CRES

Es un organismo creado por la **Ley 1122 de 2007**. Se define como una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social. Sus funciones según el Artículo 7° de la **Ley 1122 de 2007** son: 1) Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. 2) Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios. 3) Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación. 4) Definir el

valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio. 5) Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160, y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993. 6) Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo. 7) Establecer y actualizar el sistema de tarifas. 8) Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo. 9) Recomendar proyectos de ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud. 10) Adoptar su propio reglamento.

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (CNSSS)

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS– es un organismo de dirección de carácter permanente, adscrito al Ministerio de la Protección Social, encargado de definir el contenido del POS, el monto de las cotizaciones, el valor de la UPC, el monto de los subsidios, los medicamentos genéricos y esenciales, el régimen de pagos compartidos, el régimen para el pago de las incapacidades y licencias, entre otros, a través de la expedición de acuerdos. Hasta la expedición de la **Ley 1122 de 2007**, era el máximo órgano rector del sistema. Se crea con esta ley la CRES, y una vez se reglamente, el CNSSS se convertirá en asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y del CRES. (*Artículo 3 Ley 1122 de 2007*)

DEFENSOR DEL USUARIO EN SALUD

Es el vocero de los afiliados ante las respectivas Entidades Promotoras de Salud en cada departamento o en el Distrito Capital, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las

instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud.
(Artículo 42 Ley 1122 de 2007)

ENTIDADES ADAPTADAS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (EAS).

Son las entidades autorizadas por la ley para continuar prestando los servicios de salud a sus afiliados en los riesgos de enfermedad general y maternidad, solo a los empleados o servidores que se encontraban vinculados a las respectivas entidades en la fecha de iniciación de vigencia de la Ley 100 de 1993 (decreto 404 de 1996).

ECAT (EVENTOS CATASTRÓFICOS Y ACCIDENTES DE TRÁNSITO).

Es una de las subcuentas del FOSYGA que tiene como objetivo garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos.

EQUIDAD

El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa. (Artículo 153 Numeral 1 Ley 100 de 1993)

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD (EPS).

Las EPS son empresas públicas o privadas que tienen como finalidad afiliar y recaudar y administrar las cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y de garantizar la prestación de los servicios incluidos en el

POS a través de sus IPS propias o contratadas, y de reconocer y pagar las prestaciones económicas que otorga el Sistema a sus afiliados. (*Artículo 177 Ley 100 de 1993*)

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (ESE).

Las ESE se crearon con la expedición de la Ley 100 de 1993, como una institución prestadora de servicios de salud de carácter público. Es una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, cuyo objeto es la prestación de servicios de salud. (*Artículo 194 Ley 100 de 1993*).

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO (EPS'S).

Es la misma ARS, solo que a partir de la Ley 1122 de 2007 se denominan EPS'S.

EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD (ESS).

Son una modalidad de organización empresarial de las comunidades, que les permite administrar los recursos del régimen subsidiado y garantizar a sus afiliados las prestaciones asistenciales del POSS

EVENTOS TERRORISTAS

Se consideran eventos terroristas los provocados con bombas u otros artefactos explosivos, los causados por ataques terroristas a municipios así como las masacres terroristas, que generen a personas de la población civil, la muerte o deterioro en su integridad personal. (*Artículo 1, numeral 5 Decreto 3990 de 2007*)

EXCLUSIONES

Son todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de

la enfermedad y aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, excluidas del Plan Obligatorio de Salud. (*Artículo 10 Decreto 806 de 1998*)

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA FOSYGA

Es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica ni planta de personal propia, a través de la cual se manejan los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Se compone de cuatro subcuentas: La de compensación interna del régimen contributivo, la de solidaridad del régimen subsidiado, la de promoción de la salud y la de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. (*Artículo 218 Ley 100 de 1993*)

HABILITACIÓN

Cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el sistema único de habilitación, los cuales buscan dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y son de obligatorio cumplimiento por parte de los prestadores de servicios de salud. (*Artículo 6 Decreto 1011 de 2006*)

IBC (INGRESO BASE DE COTIZACIÓN).

Es la suma de dinero que constituye salario de conformidad con la ley, con la cual se establece el monto de las cotizaciones a cargo del aportante frente al Sistema de Salud.

IBL (INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN).

Es la base que tiene en cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para liquidar y reconocer las prestaciones económicas a los afiliados cotizantes, y está constituida por el IBC declarado en el mes inmediatamente anterior a la fecha de inicio de

una incapacidad, o el salario devengado al momento del parto en el caso de la licencia de maternidad.

INSPECCION

Conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del SGSSS. (*Artículo 35 literal a Ley 1122 de 2007*).

IMPUESTO SOCIAL A LAS ARMAS

Impuesto pagado por quienes porten en el territorio nacional armas de fuego, el cual será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de éste. El monto del impuesto es del 10% de un salario mínimo mensual, (Art. 224 **Ley 100 de 1993**. Sentencia **C 390 1996**, declara exequible).

INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA

El INVIMA tiene sus orígenes en la **Ley 100 de 1993**, como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva. (*Artículo 245 Ley 100 de 1993. Decreto 1290 de 1994. Ley 1122 de 2007*)

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

Un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera adscrito al Ministerio de la Protección Social; es

integrante del Sistema de Salud y del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, y con jurisdicción en todo el territorio nacional, se encarga de apoyar y orientar todo el esquema de investigación a nivel científico en salud y apoyar en la prestación del servicio de laboratorio de referencia nacional y coordina técnicamente la red nacional de laboratorios de salud pública. (*Decreto 272 de 2004*).

IPS (INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD).

Se considera IPS el establecimiento organizado para la prestación de los servicios de salud; el grupo de práctica profesional del área de la salud que se puede constituir como persona jurídica independiente o conformarse mediante acuerdos contractuales, para prestar servicios de salud; o el profesional independiente que es la persona natural con título de educación superior en el área de la salud, habilitado para prestar los servicios en forma directa a los usuarios del SGSSS-

LIBRE ESCOGENCIA

Es el principio del Sistema General de Seguridad Social en Salud que le da al afiliado la facultad de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud cual le administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio.

A su vez, la Entidad Promotora de Salud garantizará al afiliado la posibilidad de escoger, entre un número plural de prestadores, la o las Instituciones Prestadoras de servicios a través de las cuales accederá al Plan Obligatorio de Salud. (*Artículo 153 Numeral 4 Ley 100 de 1993*)

MAPIPOS (MANUAL DE ACTIVIDADES PROCEDIMIENTOS E INTERVENCIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD).

Es un manual que tiene como objetivo unificar criterios para la prestación de los servicios de salud dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, y garantizar el acceso a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud –POS- (Resolución 5261 de 1994).

NBI (NECESIDADES BÁSICAS INSATISFECHAS).

Es un indicador que nos permite determinar el nivel de pobreza de la población, para priorizar la asignación de recursos con destinación específica de conformidad con la Constitución y la ley.

NUIP (NUMERO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN PERSONAL).

Es un moderno sistema de identificación que le permite a los colombianos tener un número único desde que nace hasta que muere, lo que significa que cuando se cumpla mayoría de edad, la cédula se expide con el mismo número del NUIP que se asignó al nacer, pero se aumentan dos números más, es decir, que queda con 10 dígitos numéricos. La identificación es consecutiva en hombres y mujeres sin distinción. Solo se aplica a los recién nacidos y a los que se les expide su cédula por primera vez, a partir del año 2004.

PAB (PLAN DE ATENCIÓN BÁSICA).

Es un plan complementario del POS que incluye actividades como la vacunación y campañas de prevención. Es diseñado, adoptado y asumido por las entidades territoriales.

PAC (PLANES DE ATENCIÓN COMPLEMENTARIA).

Son el conjunto de beneficios que comprenden servicios de salud no indispensables para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o recuperación de la salud, que están

por fuera del POS, como hotelería; o que ofrecen los mismos contenidos del POS, pero sólo cuando la persona no tiene los períodos mínimos de cotización o de carencia.

PAMI (PLAN DE ATENCIÓN MATERNO INFANTIL).

Es el programa creado para la atención de las mujeres en estado de embarazo. Cubre los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, POS

Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (*Artículo 7 Decreto 806 de 1998*)

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO, POS-S

Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Subsidiado y que están obligadas a garantizar las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y las Cajas de Compensación Familiar debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del Régimen Subsidiado. (*Artículo 13 Decreto 806 de 1998*)

PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS.

Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

Los PAS son el conjunto de beneficios de tipo asistencial que ofrecen las EPS, Compañías de Medicina Prepagada y las aseguradoras, a los afiliados al SGSS, que voluntariamente contraten estos servicios y asuman directamente su pago. Para contratar los PAS, es requisito esencial ser afiliado al régimen contributivo en calidad de cotizante o beneficiario. El usuario puede elegir al momento de utilización de los servicios, si ingresa por el POS, o por el PAS.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias. (*Artículo 18 Decreto 806 de 1998*)

PLANILLA INTEGRADA DE PAGO DE APORTES (PILA).

Es un formato electrónico que facilita a los aportantes realizar el pago integrado de los aportes a la Seguridad Social y demás parafiscales, a través de transferencias electrónicas de fondos.

Para más información sobre la planilla y lo relacionado con la misma puede visitar el **Portal Minprotecciónsocial Pila**

PROTECCION INTEGRAL

Es una regla rectora del SGSSS y se fundamenta bajo el principio que el Sistema brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento

de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia. (*Artículo 153 Numeral 3 Ley 100 de 1993*)

RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

Es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias con capacidad de pago al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través de un aporte o cotización. (*Artículo 202 Ley 100 de 1993*)

RÉGIMEN SUBSIDIADO

Conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad de Seguridad social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad. Este régimen fue creado con el propósito de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de pago de cotizar. (*Artículo 211 Ley 100 de 1993*)

REGISTRO ESPECIAL DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD

Base de datos de Entidades Departamentales y Distritales de Salud, en la cual se efectúa el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud que se encuentren habilitados. (*Artículo 10 Decreto 1011 de 2006*)

RUAF (REGISTRO ÚNICO DE AFILIADOS).

Es un sistema de información que contiene el registro de los afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales; subsidio familiar; cesantías, y de los beneficiarios de los programas que se prestan a través de la Red de Protección Social como los del Sena, ICBF, Acción Social y otras entidades (Art. 15, Ley 797 de 2003).

SALUD PÚBLICA

Está constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad. (*Artículo 32 Ley 1122 de 2007*)

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. (*Preámbulo Ley 100 de 1993*)

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad. Su objetivo primordial es regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. (*Artículo 152 Ley 100 de 1993*)

SERVICIOS MEDICO QUIRURGICOS

Se entienden por servicios médico-quirúrgicos todos aquellos servicios prestados por una Institución Prestadora de Servicios de Salud habilitada para prestar el servicio específico de que se trate, destinados a lograr la estabilización del paciente, el tratamiento de las patologías resultantes de manera directa del accidente de tránsito o del evento terrorista o catastrófico y a la rehabilitación de las secuelas producidas. Igualmente se entienden los servicios suministrados por una IPS respecto de la atención inicial de urgencias. (*Artículo 1, Numeral 8, Decreto 3990 de 2007*)

SISBEN

Es una encuesta que se hace para determinar la situación socioeconómica de las personas. Con base en sus resultados se asignan subsidios a los más pobres en salud, vivienda, educación y empleo. (**Portal del SISBEN**)

Se le considera como una herramienta técnica de focalización de recursos establecido por el CONPES, que mediante la aplicación de una encuesta permite clasificar a la población de acuerdo con sus condiciones sociales y económicas, para identificar los posibles beneficiarios de los subsidios que entregan el Estado y el Municipio a la población más pobre y vulnerable.

SUSPENSIÓN DE LA AFILIACIÓN

Es el acto de separar temporalmente al afiliado del acceso a los servicios de Salud a través de su EPS. (*Artículo 209 de Ley 100 de 1993*)

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Organismo del sector ejecutivo adscrito al Ministerio de Salud con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de efectuar las

funciones de inspección, vigilancia y control de todo el sistema de salud. Una de sus importantes funciones es la de autorizar el funcionamiento de las EPS y vigilar su desempeño práctico. (*Artículo 233 Ley 100 de 1993. Artículo 39 Ley 1122 de 2007*)

TRASLADO

Es el derecho que tienen los afiliados para cambiarse a otra Entidad Promotora de Salud, una vez se cumpla con el período mínimo de permanencia exigido o se configuren las causales definidas para tal fin por las disposiciones legales vigentes. (*Artículo 25 Ley 1122 de 2007*)

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION (UPC)

Es la suma o valor que anualmente el sistema reconoce (FOSYGA) a las EPS y EPS'S. por cada afiliado. Se considera suficiente para atender la salud de la persona en el año de acuerdo con lo establecido en el POS. (Se fija su monto mediante acuerdos. Ejemplo **Acuerdo 186 de 2000**). Tiene un valor diferencial de acuerdo a la edad, sexo y ubicación geográfica del afiliado al SGSSS.

VIGILANCIA

Atribución para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender por que las entidades del SGSSS, cumplan con las normas que regulan el sistema. (*Artículo 35 literal b Ley 1122 de 2007*).

VICTIMA

Se entiende por víctima, la persona que ha sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de un accidente de tránsito, un evento terrorista o una catástrofe natural. (*Artículo 1, Numeral 9, Decreto 3990 de 2007*)

BIBLIOGRAFÍA

AFANADOR NUÑEZ, Fernando. El sistema pensional Colombiano. Editorial Legis. Primera Edición,. Bogotá 1999.

ARBELAEZ RUDAS, Mónica. Derecho a la Salud en Colombia. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá. 2006.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá 2007.

BEAUDONNET, Xavier, "Cuándo y cómo los tribunales nacionales pueden utilizar el derecho internacional del trabajo" CIF-OIT, de 2007

CASTAÑO CARDONA, Carmen Helena. La Salud en el Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia. Primera Edición 2007. Editorial UPBMedellín Colombia.

CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DECRETO-LEY 2158 DE 1948.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Selección normativa.

GONZÁLEZ, Jorge Iván. **La regulación en salud en ausencia de velo de ignorancia.** Ponencia presentada en la Jornada Inaugural de Acoes. 2007

HERRERA VERGARA, José Roberto. –editor-. Globalización Laboral y de la Seguridad Social. Facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2007.

MESA-LAGO, Carmelo. **Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social.** Unidad de Estudios Especial Cepal. Santiago de Chile 2004.

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. **Sistema de Seguridad Social en Salud, Régimen Contributivo 1,** Bogotá. 2004

OIT. Trabajo decente. Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra 1999.

RENGIFO ORDOÑEZ, Jesús María. La seguridad social en Colombia. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá. 1989.

REPULLO LABRADOR, José Ramón, OTEO OCHOA, Luis Ángel, editores, Un Nuevo Contrato Social Para un Sistema Nacional de Salud Sostenible. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2005.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD <http://www.supersalud.gov.co/>

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Diez años de Seguridad Social Colombiano. Primera edición Bogotá 2003.

VÉLEZ ARANGO, Alba Lucía. Marco político y legal de la promoción de la salud.
VERSIÓN HTML - VERSIÓN PDF