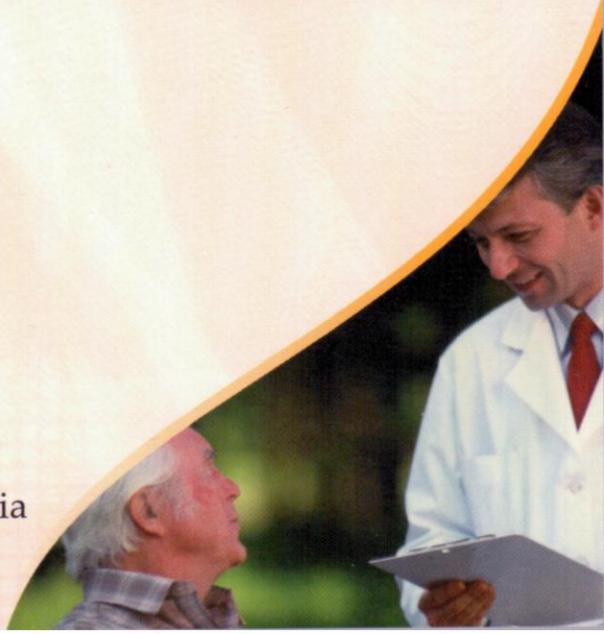




*Escuela Judicial*  
**"Rodrigo Lara Bonilla"**

# SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

República de Colombia







**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA  
PARA EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**



PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN  
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA  
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR  
**Presidente**

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN  
**Vicepresidenta**

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ  
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ  
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO  
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO  
**Magistrados**

**ESCUELA JUDICIAL**  
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES  
**Directora**

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ  
**Coordinador Académico**



Consejo Superior de la Judicatura  
Sala Administrativa

Consejo Superior  
de la Judicatura

Escuela Judicial  
“Rodrigo Lara Bonilla”



UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA

**NELSON TIRADO DÍAZ**

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA  
PARA EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

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

ISBN 978-958-8331-30-0

**NELSON TIRADO DÍAZ, 2007**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra  
Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7  
[www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

# **PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PARA EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**, 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 **Nelson Tirado Díaz, profesor de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Laboral y de la Seguridad Social**.

El módulo **Sistema 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 del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, 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 a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” 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, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su

trabajo 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, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

### **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 Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, 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 adelantan 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 recorrido 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”.<sup>1</sup> 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, 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

---

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

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, 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.

## **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 pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, 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 fases:

Fase I. *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 coordinadoras, 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 y las 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 Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, 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 Judicial Especializada**.

**para el Área Laboral y de la Seguridad Social.** 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 el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**, 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 [escujudcendoj@ramajudicial.gov.com](mailto:escujudcendoj@ramajudicial.gov.com), que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**.

# CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. LA AFILIACIÓN, LOS EFECTOS DE LA AFILIACIÓN Y LA MORA	22
1.1. Introducción	22
1.2. Aspectos tecnicos necesarios	24
1.3. Efectos de la afiliacion y la mora	28
1.3.1. Afiliacion	28
1.3.2. Apoyo jurisprudencial	29
1.3.3. Marco legal de la afiliación	30
1.4. Efectos de la afiliación	36
1.5. Mora en el pago de los aportes	40
1.6. Análisis jurisprudencial	53
1.7. Actividades pedagógicas	54
1.8. Autoevaluación	55
1.9. Bibliografía	57
2. LAS COTIZACIONES	60
2.1. Introducción	60
2.2. Aspectos tecnicos necesarios	61
2.3. Manejo práctico de las cotizaciones	63
2.5. Actividades pedagogicas	73
2.6. Autoevaluación	73
2.7. Bibliografía	74
3. SUSPENSIÓN Y DESAFILIACIÓN	76
3.1. Introducción	76
3.2. Desarrollo práctico	76
3.3. Análisis jurisprudencial	81
3.4. Actividades pedagogicas	87
3.5. Autoevaluacion	88

3.6.	Bibliografía	89
4.	LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA	92
4.1.	Introducción	92
4.2.	El derecho a la salud en la constitucion politica	93
4.3.	El derecho a la salud como derecho fundamental Sentencia c-177 de 1998, m.P. Alejandro martínez caballero.	94
4.4.	Acceso a los servicios del plan obligatorio de salud	104
4.5.	Análisis jurisprudencial	126
4.6.	Actividades pedagogicas	132
4.7.	Autoevaluacion	133
4.8.	Bibliograffía	134

## CONVENCIONES

Ae

*Autoevaluación*

Ap

*Actividades pedagógicas*

B

*Bibliografía*

Bs

*Bibliografía seleccionada*

Qe

*Objetivos específicos*

Qg

*Objetivo general*



## Unidad 1 | LA AFILIACIÓN, LOS EFECTOS DE LA AFILIACIÓN Y LA MORA

Qg

*La afiliación es el punto de partida en nuestra relación con el sistema. Por esa razón, conocer sus principios, fundamentos y características, constituyen la razón de ser de este módulo. No de otra manera logramos acercarnos a él y a partir de ello asumir de ser necesario posturas críticas que ayuden en su desarrollo y mejoramiento.*

Qe

- Lograr la familiarización con el entorno del concepto e implicancias de la afiliación.
- Establecer de manera concreta las diferentes maneras de afiliación a partir de los regímenes existentes.
- Conocer de manera concreta a partir de la norma los efectos que implica la mora en el pago de los aportes, pero a su vez y con fundamento en los principios, mirar la manera de lograr un acercamiento entre lo que se busca y la realidad de su manejo.

# 1. LA AFILIACIÓN, LOS EFECTOS DE LA AFILIACIÓN Y LA MORA

## 1.1. INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su posterior reglamentación y, ahora, con la reciente Ley 1122 del 9 de enero de 2007, el sistema de salud en nuestro país ha dado un giro trascendental positivo que ha permitido ir generando una cobertura más generalizada a toda la población colombiana, acompañada de un direccionamiento en su proceso de control, seguimiento y administración del sistema. El proceso en términos generales ha sido visto con optimismo, sin embargo en el escenario de lo práctico aparecen las dudas, la desconfianza, el deseo del lucro por encima del deseo de servicio y, entonces, se hace necesario que sin perder el sentido crítico que debemos tener, debemos ayudarlo para su fortalecimiento, actuar conforme a los principios y hacer de él una realidad. El Sistema de Seguridad Social en Salud está en plena formación, tiene muchas cosas pendientes por definir y ahora con la presencia de la Ley 1122, surge la necesidad de esperar una nueva creciente regulación de temas.

La realidad actual en el sistema de salud, es que los usuarios y usuarias del mismo han convertido la acción de tutela en el mecanismo real que permite al usuario o usuaria lograr que se le preste el servicio, que se le otorguen lo medicamentos, que no le cobren lo indebido, que no le suspendan las prestaciones, en fin, que lo traten tal como la ley 100 establece en el artículo 159 inciso primero “ Se garantiza a los afiliados al sistema de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud” y esto a su vez se armoniza con el artículo 155 de la misma ley, referente a los fundamentos del servicio público. Las preguntas para hacernos son: ¿Qué es lo que sucede? ¿Es un problema de ley? ¿Es falta de claridad? ¿Es falta de reglamentación?, y se puede concluir en que no es la ausencia de normas y de reglamentaciones, lo que sucede es que a los diferentes actores del sistema se nos ha olvidado o tal vez nunca conocimos los principios que enmarcan la seguridad social en general y en particular el sistema de salud.

La Constitución política en el artículo 22 nos habla “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Es válido cuestionarnos si desde nuestro accionar más sencillo, lo único que no hacemos es promover paz, si el actor en el sistema desde la posición que le corresponda, cuando asume falsos egoísmos, orgullos innecesarios, cuando sobrepuja lo estrictamente económico a esas sensaciones de humanidad, cuando me olvido del otro, cuando lo que tengo claro es la visión del negocio que solo debe rentar, cuando no promuevo habitabilidad

humana, lejos estoy de actuar conforme a ese sentir y obviamente lo que logro es el conflicto, el daño que causo y la pérdida de mirada trascendente.

Entonces, sin perder la conexión con el día a día, pero con mirada trascendente, lo que debemos hacer es reforzar ese sentido de lo correcto, es poder conectar con el otro, con su necesidad, con su afán, con su humildad o con su altivez, teniendo claro que en la mayoría de las veces el sistema falla es por nuestra culpa, no es porque en sentido práctico le falte, es nuestra ignorancia o es nuestra precariedad lo que hace que se genere daño en vez de ayudar a generar bienestar y felicidad aún en medio de la crisis que implica un tema tan álgido como es la salud afectada o maltrecha.

La noción de servicio público nos obliga a pensar en que el mismo implica permanencia, seguimiento, eficacia y eficiencia entre otras características y, aunque el estado no preste el servicio de manera directa, las entidades privadas que lo hagan no pueden perder de vista que es lo que están haciendo y en que es que se han involucrado.

La política de salud del Estado Colombiano debe como mínimo ser articulada en torno a los siguientes objetivos: Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Calidad.

La Defensoría del Pueblo en su estudio denominado “El Derecho a la Salud”, nos dice lo siguiente: “Los Derechos que conforman el contenido del derecho a la salud han sido reconocidos por normas internacionales contenidas en tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Estos tratados imponen al Estado una serie de obligaciones en torno a la realización del derecho a la salud y, bajo ciertas condiciones, tienen una fuerza normativa similar a la de las normas constitucionales. De allí la importancia metodológica del concepto de “bloque de constitucionalidad” para el presente texto. El bloque de constitucionalidad es el conjunto de 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 al texto constitucional por mandato de la propia Constitución ”

Finalmente en esta introducción, remitámonos a los artículos 48 de la Constitución Política y al artículo 2º de la ley 100 de 1993, literal a), que se refieren a la manera como deben ser prestados los diferentes servicios de la Seguridad Social Integral, diciendo que los criterios de ADECUADA, OPORTUNA y SUFICIENTE, ofrecen o dan a conocer el rumbo que se debe tomar.

En el artículo 153 de la Ley 100, al tratar los fundamentos del Sistema de Seguridad Social en Salud en cuanto al servicio público que implica, dice que son reglas rectoras del sistema de salud, la equidad, la obligatoriedad, la protección integral, la libre escogencia, la autonomía de las instituciones, la descentralización administrativa, la participación social, la concertación y la calidad.

Respecto de la calidad, claramente se enfatiza en que el Sistema de Salud establecerá mecanismos de control a los servicios que se ofrecen, de tal modo que a los usuarios o usuarias se les garantice la atención OPORTUNA, PERSONALIZADA, HUMANIZADA, INTEGRAL, CONTINUA y de acuerdo con ESTANDARES aceptados en procedimientos y prácticas profesionales.

## 1.2. ASPECTOS TECNICOS NECESARIOS

Recordemos... para una mejor acción con sentido humano...

Este tema tiene por objeto reforzar y recordar algunos términos muy propios del sistema de salud, que ayudan a adentrarnos de manera más tranquila en su estudio. Nos sirve también para conocer los actores principales del sistema de salud.

Se trata entonces de precisar un glosario de términos que hacen parte del lenguaje que debemos manejar:

### *DERECHO A LA SALUD*

Derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental que sea posible, lo cual supone algo más que liberar al individuo de afecciones o molestias y proveer las condiciones que le permitan desarrollarse sanamente y gozar de un nivel de vida adecuado.

### *COMISION DE REGULACION EN SALUD CRES*

Es el máximo órgano rector del sistema, creado por la ley 1122 de 2007, reemplaza en ese nivel al CNSSS Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. No ha entrado en funciones.

### *CNSSS CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD*

Actualmente es el máximo órgano rector del sistema. Una vez entre en funciones el CRES, se convierte en asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y del CRES.

### ***SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD***

Organismo del sector ejecutivo 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.

### ***FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA FOSYGA***

Es el organismo que garantiza el manejo eficiente de los recursos del sistema, su compensación y solidaridad que permita atender riesgos especiales señalados en su reglamentación. Tiene cuatro (4) 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.

### ***ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD EPS***

Son las entidades que administran el sistema: afiliación, recaudación y organización práctica en la prestación del servicio.

### ***ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO EPS'S***

Cumplen todas las funciones del aseguramiento, similar a las EPS del régimen contributivo. Concepto creado por la ley 1122 de enero de 2007.

### ***INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD IPS***

Son las entidades encargadas de prestar de manera efectiva el servicio de salud a los afiliados al sistema.

### ***EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO ESE's***

Es una categoría especial de entidad pública descentralizada que está orientada a prestar los servicios de salud cuando estos están en forma directa a cargo de la nación o entidades territoriales.

### ***INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA***

Creado por la ley 100 de 1993, artículo 245, es un establecimiento público que se encarga de desarrollar y aplicar políticas en asuntos de carácter sanitario, control de medicamentos, productos biológicos, elementos médico quirúrgicos, odontológicos, entre otras de sus funciones. Está adscrito al Ministerio de la Protección Social.

### ***INSTITUTO NACIONAL DE SALUD***

Establecimiento público, adscrito al Ministerio de la Protección Social y que principalmente 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. Es integrante del sistema de salud y del sistema nacional de ciencia y tecnología.

#### *EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD ETESA*

Es una empresa industrial y comercial del estado y su misión es la explotación con arbitrio rentístico de los juegos definidos por la ley 643 de 2001 como novedosos. Participa en el esquema de salud, como quiera que contribuya con recursos para el régimen.

#### *ASEGURAMIENTO*

Conforme a la ley 1122 de 2007, en salud debe entenderse como las actividades orientadas a: Administrar el riesgo financiero, hacer las gestiones del riesgo en salud, articulación de servicios que garanticen el acceso efectivo, garantía de calidad en la prestación de los servicios de salud y representación y autonomía del usuario o usuaria.

#### *AFILIADOS*

Son todas las personas cotizantes o no que tienen derecho al sistema de salud. Todos los habitantes de Colombia deben estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud como cotizantes o subsidiados, lo cual incluye a sus beneficiarios según reglamentación legal. No podemos dejar de mencionar los vinculados al sistema.

#### *UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION UPC*

#### *UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN SUBSIDIADA UPC-S*

Es el valor que el sistema general de seguridad social en salud le reconoce a las EPS y EPS'S, por la prestación del POS y POSS a los afiliados. Es un valor por cada afiliado o afiliada.

#### *REGULACION DE LA INTEGRACION VERTICAL PATRIMONIAL Y POSICION DOMINANTE*

La ley 1122 de enero de 2007 se refiere a ello manifestando que las Empresas Promotoras de Salud EPS no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor total del gasto en salud, pudiendo distribuir según lo estimen conveniente en los niveles de complejidad del Plan Obligatorio de Salud. Un (1) año fijó la ley como plazo para que las EPS se ajusten a este porcentaje.

### *PLAN OBLIGATORIO DE SALUD POS*

### *PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO POSS*

Conjunto básico de atención a los afiliados al sistema nacional de seguridad social en salud en los regímenes contributivos y subsidiados, siempre y cuando cumplan con las obligaciones establecidas para tal efecto. Sus fases de manejo son: Educación, información y fomento a la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

### *COTIZANTES*

Las personas vinculadas al régimen contributivo en su condición de trabajadores dependientes, servidores y servidoras públicos, trabajadores y trabajadoras independientes con capacidad de pago, pensionados, pensionadas y jubilados o jubiladas.

### *ESTRATO SOCIO ECONÓMICO*

Se refiere al nivel reclasificación de la población con características similares en cuanto a grado de riqueza y calidad de vida determinada de manera indirecta mediante las condiciones físicas de vivienda y su localización. No corresponde a los niveles definidos en la ficha del SISBEN.

### *LA SALUD COMO BIEN PÚBLICO*

La salud como un bien colectivo que no admite ser tratado como un bien de mercado susceptible de ser apropiado para su usufructo por los particulares y que reclama, en consecuencia, la estricta vigilancia, protección y promoción por parte del Estado.

### *ETNOSALUD*

La atención en salud de los distintos grupos étnicos y culturales que habitan en el país, manteniendo el respeto de su medicina tradicional, esto es, del saber de los médicos tradicionales, de las parteras, de los sobanderos y otros e integrando las contribuciones de la medicina occidental a través de médicos, enfermeras, auxiliares y promotores de salud.

### *INDICADORES*

Instrumentos que facilitan la interpretación precisa de una situación de interés, en circunstancias de tiempo, modo y lugar, a partir de un conjunto de relaciones cualitativas o cuantitativas que dan cuenta del comportamiento de una u otras variables y, que contribuyen a medir cambios.

### *INSTRUMENTO DE MEDICION*

Conjunto de preguntas e indicadores que permiten hacer seguimiento y evaluar el estado de realización de un derecho y el cumplimiento de las obligaciones del Estado con respecto a él.

### *TASA*

Se entiende por tasa una medida que expresa la frecuencia con la cual se presenta determinado evento en el tiempo.

### *COPAGOS*

Son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio que se requiere y la finalidad que tienen es ayudar a financiar el sistema.

En el régimen contributivo los copagos se aplican solo a los afiliados beneficiarios y se aplican con base en el Ingreso Base de Cotización IBC del afiliado cotizante.

Según la ley 1122 de 2007 no habrá copago para los afiliados del régimen subsidiado en salud clasificados en el nivel 1 del SISBEN, en los otros niveles 2 y 3 si hay lugar a este cobro de requerirse.

### *CUOTAS MODERADORAS*

Tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, tal como lo señala el acuerdo 260 de 2004.

En el régimen contributivo las cuotas moderadoras se aplican a afiliados cotizantes y a sus beneficiarios y, se aplican, con base en el Ingreso Base de Cotización IBC del afiliado cotizante.

Según la ley 1122 de 2007 no habrá cuota moderadora para los afiliados del régimen subsidiado en salud clasificados en el nivel 1 del SISBEN, en los otros niveles 2 y 3 si hay lugar a este pago de requerirse el servicio.

## 1.3. EFECTOS DE LA AFILIACION Y LA MORA

### 1.3.1. AFILIACION

Dice el profesor Arenas Monsalve, en su obra El Derecho Colombiano de la Seguridad Social que “la afiliación puede definirse como el vínculo que

se establece entre la entidad administradora y el afiliado o afiliada, que constituye la fuente de derechos y obligaciones en el sistema" Reiteramos lo manifestado en la ley 100 de 1993, artículo 156, cuando al hablar de las características del sistema de salud, en el literal b) señala que "todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados y afiliadas al sistema general de seguridad social en salud..."

La afiliación es una marca indeleble que une al ser humano con el sistema de aseguramiento en salud y básicamente su desafiliación solo se produce cuando ha habido mora en el pago de los aportes y cuando el afiliado o afiliada quiere dejar de serlo por razones personales relacionadas con su incapacidad de pago o viaje al exterior, aunque en este caso realmente se da una suspensión que puede llegar a ser permanente.

Podemos decir que la afiliación es obligatoria en todas las personas, bien sea a través del régimen contributivo y del régimen subsidiado. También debemos mencionar a los vinculados al sistema, que a pesar de no estar en cualquiera de los regímenes anteriores, la misma Ley 100 de 1993 los menciona como integrantes de los tipos de participantes en el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

El Decreto 806 de 1998 en el artículo 25 reafirma la afiliación obligatoria al sistema de salud, refiriéndose a los regímenes ya mencionados e incluyendo a los vinculados temporalmente. Igualmente señala la prohibición expresa de que en ningún caso se podrá exigir examen médico de ingreso para la afiliación, prohibición extensiva respecto de los beneficiarios.

### 1.3.2. APOYO JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional ha dicho que "la afiliación es la manera de vincular a un trabajador al sistema, la cual es obligatoria y su inobservancia genera, además de sanciones pecuniarias y administrativas, la responsabilidad exclusiva para un empleador de asumir el riesgo..." Sentencia T-143/98

Igualmente, en Sentencia T-120/99, la Corte Constitucional manifestó:" La Corte debe insistir en que la seguridad social para los trabajadores y sus familias no es una dadiva del patrono ni algo que dependa de su libre voluntad, sino un derecho inalienable de aquellos, que hacen 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 o empleadas al sistema contemplado en la ley, desde cuando principia el vínculo laboral en cualquiera de sus formas". Más adelante, en la misma sentencia afirma:" la omisión del patrono implica que él asuma, de su bolsillo y de manera total, los costos que genere la atención en salud del trabajador.....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"

### 1.3.3. MARCO LEGAL DE LA AFILIACIÓN

De manera general, es la Ley 100 de 1993, en el artículo 156, literales b) y c); artículo 157, literal A y parágrafo 2º; artículo 159, artículo 160, artículo 213, entre otros, que trata el tema de la afiliación.

Para el régimen contributivo, viene el Decreto 806 de 1998, que se considera el reglamentario del sistema, que es la norma que en términos generales habla de la afiliación al sistema de seguridad social en salud, apoyado por normas posteriores, tales como los Decretos 47 de 2000, 1703 de 2002, 2400 de 2002 y el Decreto Reglamentario 3615 de 2005, este último que regula la afiliación de trabajadores independientes de manera colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral.

Importante resulta insistir en que: "La afiliación al sistema de seguridad social en salud es obligatoria y se efectuará a través de los regímenes contributivo y subsidiado. También participará dentro del sistema la población sin capacidad de pago que se encuentre vinculada al sistema"

En concreto el Decreto 806 de 1998, artículo 26 señala que: "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 afiliada, o en concurrencia entre éste y su empleador o empleadora.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

#### 1. *Como cotizantes:*

a. Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas,

incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país.

b. Las servidoras y los servidores públicos.

c. Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del 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 o empleadora y (cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes). El texto en paréntesis fue declarado nulo por sentencia 3403 del 19 de agosto de 2004 del Consejo de Estado.

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”

Mediante Sentencia C-521/07 la Corte Constitucional declaró inexistente la expresión “cuya unión sea superior a dos años”, establecida en el Decreto 806/98, artículo 34, literal b), que inicialmente señaló para efectos de los beneficiarios que “a falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años”.

El Decreto 1703 de 2002 en el Capítulo VI, establece unos controles adicionales para empleadores en lo referente a la afiliación y concretamente en los artículos 25, 26, 27, 28, 29 y 30, se refieren a trabajadores de la construcción, trabajadores del transporte público, vigilancia privada, transporte de valores, capacitación en vigilancia y empresas de servicios temporales, en el sentido de verificar afiliaciones y pagos en la manera debida.

Veamos las normas referidas:

**ARTÍCULO 25. AFILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES 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.

Cuando este requisito no sea acreditado, informará a la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que inicie las investigaciones y aplique las sanciones a que haya lugar.

**ARTÍCULO 26. AFILIACIÓN DE LOS 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 los vehículos velarán porque tales trabajadores se encuentren afiliados 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.

**ARTÍCULO 27. EMPRESAS DE VIGILANCIA PRIVADA, COOPERATIVAS DE VIGILANCIA PRIVADA, EMPRESAS DE TRANSPORTE DE VALORES Y ESCUELAS DE CAPACITACIÓN.** Para efecto de la aplicación de los artículos 14, 27, 34 y 71 del Decreto-ley 356 de 1994, la renovación de la licencia de funcionamiento a las empresas de vigilancia privada, las cooperativas de vigilancia privada, las empresas de transporte de valores y las escuelas de capacitación y entrenamiento en vigilancia y seguridad privada, requerirá, la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, respecto de los trabajadores a su servicio.

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada reportará a la Superintendencia Nacional de Salud, el incumplimiento que en ejercicio de sus funciones detecte en relación con tales obligaciones.

Las entidades del sector público que deban realizar pagos de cualquier naturaleza a las entidades mencionadas en este artículo, deberán verificar lo previsto en la presente disposición y el pleno cumplimiento de los contratistas a los sistemas de salud respecto de sus trabajadores.

**ARTÍCULO 28. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.** Las empresas de servicios temporales con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo, estarán obligadas a:

1. Entregar a la entidad beneficiaria o contratante de los servicios, cuando adelanten la contratación de trabajadores con personas jurídicas, dentro del mes siguiente a la terminación del contrato temporal, copia de los documentos que acrediten el cumplimiento de sus obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Proceder, durante todo el tiempo que dure la contratación, frente a cada período mensual, a hacer la remisión correspondiente por parte de la empresa de servicios temporales a la empresa contratante, de la documentación que acredite el pleno cumplimiento de sus obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esta remisión deberá efectuarse dentro de los primeros diez días de cada mes.
3. Discriminar durante todo el proceso de facturación y cobro, los montos del pago que serán aplicados a cada uno de los sistemas, debiéndose entregar copia de la misma al trabajador o trabajadora por parte del empleador o empleadora al momento del pago.

Cuando no se concrete la remisión de documentos, el empleador o empleadora deberá informar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de los correspondientes plazos, a la Superintendencia Nacional de Salud, para que dentro del ámbito de su competencia, adopte las medidas correspondientes.

**ARTÍCULO 29. DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.** La Superintendencia Nacional de Salud, además de las sanciones que pueda imponer a las empresas de servicios temporales, procederá a informar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre los siguientes hechos, con el fin de que este determine las sanciones que de acuerdo con su competencia, hubiere lugar:

1. La mora igual o superior a cuarenta y cinco (45) días, en el pago de las obligaciones con los subsistemas de salud y pensiones, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 del Decreto 1530 de 1996.
2. La no acreditación periódica del pago íntegro de los aportes al sistema de seguridad social. No podrá en este caso autorizarse la inscripción y permanencia

de la empresa de servicios temporales en el Sistema Nacional de Intermediación a que se refiere el artículo 96 de la Ley 50 de 1990.

**ARTÍCULO 30. OBLIGACIÓN DE LA AFILIACIÓN.** Para el cumplimiento del deber impuesto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, los empleadores como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud deberán afiliar al Sistema a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral. Tal afiliación 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 o empleadora 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.

Las entidades de aseguramiento, tanto del régimen contributivo y subsidiado, adelantarán campañas de divulgación y educación a sus afiliados, con miras a contribuir al pleno conocimiento y acatamiento, entre otras, de las disposiciones que regulan los derechos y obligaciones de los afiliados al Sistema, régimen de afiliación y movilidad, y prohibición de múltiples afiliaciones en los términos del Decreto 806 de 1998, del presente decreto y demás disposiciones que los modifiquen o adicionen.

Igualmente el Decreto 4369 de 2006, artículo 12, establece la obligación para las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, de afiliar y pagar los aportes a los Sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales, con fundamento en las normas que lo establezcan.

Respecto de las COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO en relación con el Sistema de Seguridad Social Integral y su obligación de afiliación, el Decreto 4588 de 2006, reguló lo pertinente en las normas que a continuación se transcriben: “ARTÍCULO 26°. RESPONSABILIDAD DE LAS COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO FRENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. La Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado será responsable de los trámites administrativos necesarios para realizar el proceso de afiliación y el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y para tales efectos le serán aplicables todas las disposiciones legales vigentes establecidas sobre la materia. Está obligada a contribuir de esta manera a afiliar a sus asociados al Sistema de Seguridad Social Integral mientras dure el contrato de asociación.

La Cooperativa no suplirá su obligación de afiliación al Sistema, a la que se refiere el presente artículo, por el hecho de que sus asociados aparezcan como beneficiarios en el régimen contributivo en salud, como cotizantes a un régimen excepcional tanto en salud como en pensiones, como beneficiarios de un régimen excepcional en salud, como afiliado dependiente por otra empresa o como afiliado a salud y pensiones por otros ingresos diferentes a los derivados del contrato de asociación, como beneficiario afiliado al Régimen Subsidiado en Salud, o porque hayan presentado su clasificación por la encuesta del SISBEN.

**PARAGRAFO.** En los aspectos no previstos en el presente decreto, relacionados con el Sistema de Seguridad Social Integral, se aplicarán las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 y las normas que la reglamentan, modifican o adicionan”.

**ARTÍCULO 27°. AFILIACIÓN E INGRESO BASE DE COTIZACIÓN EN MATERIA DE SALUD, PENSIONES Y RIESGOS PROFESIONALES.** Los trabajadores asociados son afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social Integral; para efectos de su afiliación se tendrá en cuenta como base para liquidar los aportes, todos los ingresos que perciba el asociado, de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 797 de 2003 y normas que lo reglamenten.

El ingreso base de cotización no podrá ser inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, excepto cuando existan novedades de ingreso y retiro.

**PARÁGRAFO.** En aquellos casos en que el trabajador asociado además de las compensaciones propias de su condición, perciba salario o ingresos de uno o más empleadores, como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, o ingresos como pensionado en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Salud y de Pensiones serán efectuadas en forma proporcional al régimen de compensaciones, al salario que tenga como dependiente, a los honorarios o ingresos que tenga como trabajador independiente, a la pensión o ingresos que tenga por pensión, o al ingreso devengado en cada uno de los sectores, y sobre la misma base”.

Para el régimen subsidiado, encontramos el Acuerdo 244 de 2003 y Acuerdo 304 de 2005 del CNSSS, que tratan los temas referentes al proceso de afiliación.

El Decreto 806 de 1998, respecto de los afiliados al régimen subsidiado, en el artículo 29, señala: “Será afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través del pago de una Unidad de Pago por Capitación- UPC-S, la población pobre y vulnerable que sea identificada como

tal, de acuerdo con el sistema definido para tal efecto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Teniendo en cuenta que la afiliación es gradual dependiendo del volumen de recursos, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá la población prioritaria”

En ambos regímenes las entidades administradoras del sistema, pueden requerir en cualquier momento al afiliado cotizante o beneficiario, se acrediten ciertos documentos con el propósito de comprobar las calidades que se aducen para ser beneficiario del sistema. Esto se hace con el fin de no generar irregularidades que impliquen fallas que afecten la sostenibilidad del sistema de salud. Al respecto dijo la Corte Constitucional en Sentencia T-128 del 17 de febrero de 2005, que:”La normatividad vigente permite que, a través de auditorías, constantemente se verifiquen las calidades acreditadas por los usuarios o usuarias al momento de su afiliación, se realicen los procedimientos necesarios para alimentar las bases de datos, se informe a las autoridades competentes las posibles irregularidades y se impongan las sanciones a que hubiere lugar, como la suspensión del servicio, la desafiliación, la pérdida de antigüedad y la responsabilidad pecuniaria consistente en reembolsar los gastos en que incurrió el sistema durante el período en que el beneficiario carecía de derecho”

## AFFILIACIÓN COLECTIVA A TRAVÉS DE AGREMIACIONES AL RC

Mención especial debemos hacer a la denominada a afiliación colectiva a través de agremiaciones al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud de los trabajadores independientes.

El Decreto reglamentario 3615 de 2005 y el Decreto 2313 de 2006, generan el espacio normativo al que se deben acoger para optar a la afiliación a la seguridad social integral.

### 1.4. EFECTOS DE LA AFILIACIÓN

La afiliación puede ser individual o colectiva y es por medio de ella que se accede a las prestaciones asistenciales y económicas que el sistema consagra. El sistema exige en los afiliados al régimen contributivo el pago de la cotización respectiva y para los subsidiados la transferencia de recursos que garanticen la prestación del POSS.

El artículo 47 del Decreto 806 de 1998, señala que:"La afiliación a la Entidad Promotora de Salud o Administradora del Régimen Subsidiado, implica la aceptación de las condiciones propias del Régimen contributivo o subsidiado a través del cual se afilia y aquellas relacionadas con cuotas moderadoras y copagos que fije la respectiva Entidad Promotora de Salud para la prestación de los servicios de conformidad con las normas. Estas últimas deberán ser informadas al afiliado"

### *Régimen Contributivo*

Sus efectos se dan desde el día siguiente al inicio de la relación laboral, siempre y cuando se cumplan las formalidades propias del diligenciamiento del formulario respectivo y entregado a la respectiva EPS. Si no se cumple con este trámite, no se tendrá como afiliado y el sistema no tiene porque reconocer las prestaciones asistenciales y económicas que consagra.

Estando afiliado se tiene derecho a los servicios del Plan Obligatorio de Salud POS. El Decreto 806 de 1998 señala que el afiliado al régimen contributivo tiene derecho a la prestación del Plan Obligatorio de Salud, a la prestación económica llamada incapacidad temporal por enfermedad u originada en riesgos no profesionales o laborales. Aclara que respecto de los pensionados cotizantes y beneficiarios del afiliado, solo tendrán derecho a las prestaciones asistenciales.

Es importante recordar que el trabajador dependiente debe estar afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales para poder a su vez afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tal como de manera expresa lo señala el Decreto 806 de 1998 en el artículo 83.

Queda claramente prohibida la múltiple afiliación y el Decreto 806 señala el procedimiento para cancelar una múltiple afiliación.

Para efectos del TRASLADO a otra EPS, la Ley 1122 de 2007, artículo 25, parágrafo 1 estableció 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 ésta no sea cierta, podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia en ésta. El traslado voluntario de un usuario podrá hacerse a partir de un año de afiliado a esa EPS según reglamentación que para dichos efectos expida el Ministerio de la Protección Social". Obviamente que esta norma deja sin efecto el artículo 16 del Decreto 47 de 2000, que establecía un tiempo de permanencia mínimo de 24 meses para el traslado voluntario.

La norma en cuestión flexibilizó este tema en tiempo más real y no como venía sucediendo desde que se empezó a dar esta reglamentación, que cada vez hacía más rígida la permanencia de un afiliado en determinada EPS.

### *Régimen Subsidiado*

Sus efectos también se dan de manera inmediata a la terminación del proceso de afiliación el cual queda perfeccionado con la radicación del formulario y la entrega del carné definitivo por parte de la Administradora del Régimen Subsidiado, llamada a partir de la Ley 1122 de 2007, Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado ( EPS'S ), en los períodos establecidos.

En cuanto a los BENEFICIOS, El Decreto 806 de 1998, artículo 30 y 31 señaló: Beneficios de los afiliados al Régimen Subsidiado:" El Régimen Subsidiado garantiza a sus afiliados la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos por el artículo 162 de la ley 100 de 1993.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, diseñará un programa para que los afiliados del Régimen Subsidiado alcancen en forma progresiva el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, quedando excluidas las prestaciones económicas.

Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Cuando el afiliado al Régimen Subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes"

Existe la libre escogencia de la EPS'S, se establecen períodos mínimos de permanencia, igualmente se da la figura del traslado cuando hay incumplimiento de las obligaciones y sin que se obligue al período mínimo de permanencia. Además se prohíbe la múltiple afiliación.

La ley 1122 estableció en el artículo 21, que en el evento en que se produzca un traslado del régimen subsidiado al régimen contributivo, es decir "Movilidad entre Regímenes", lo siguiente: "Con el ánimo de lograr la permanencia en el sistema, los afiliados al régimen subsidiado que ingresen al régimen contributivo deberán informar tal circunstancia a la entidad territorial para que proceda a

suspender su afiliación, la cual se mantendrá por un año, término dentro del cual podrá reactivarla. Es de suponer que durante el tiempo de suspensión la entidad territorial no podrá disponer del cupo de la población que se encuentre en dicha situación o novedad para el sistema”.

También puede haber Multiafiliación a los regímenes contributivo y subsidiado, para tal efecto el Acuerdo 244 de 2003, artículo 29, establece las reglas para el manejo de esta situación. Igual ocurre cuando se presenta multiafiliación en el régimen subsidiado, previendo el artículo 31 cómo se debe proceder en los tres casos a manejar: a) Cuando la multiafiliación es en una misma EPS-S; b) Cuando es distintas EPS-S en la misma entidad territorial; c) Cuando es diferentes entidades territoriales. El Ministerio de la Protección Social por medio de la Circular 000055 de 2003, genera especiales instrucciones en todos estos casos de multiafiliación.

Nota: El tiempo de permanencia en uno u otro régimen (contributivo y subsidiado), será contabilizado para efectos de mirar lo referente a los períodos de carencia o espera. El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, literal h., señala que: “No habrá períodos mínimos de cotización o períodos de espera superiores a 26 semanas en el régimen contributivo”. Esto para efecto de acceder a ciertos servicios.

#### 1.4.1. ALGUNAS CONCLUSIONES

El problema más grave que se sigue dando en lo referente a la AFILIACION es la falta de una adecuada información al usuario o usuaria del servicio de salud.

A la desinformación le agregamos la malicia mal entendida y el indebido aprovechamiento del régimen subsidiado e incluso los vinculados, para tramitar servicios por esos medios teniendo capacidad económica para hacerlo por el régimen contributivo como seguramente le corresponde.

El Estado debe involucrar y vigilar más a las entidades que ofrecen planes adicionales, contratos de salud y medicina prepaga, ya que los usuarios o usuarias de estos planes no usan el POS, pero si se integran en la red que estas entidades ofrecen a través de sus propias EPS, ofreciendo descuentos que no compensan las ventajas que le significa a las entidades estos manejos y en cambio ellas, incrementando los costos de esos contratos en porcentajes que superan más de tres veces el IPC.

Es de la esencia de la afiliación la continuidad y efectividad del servicio.

## 1.5. MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES

Tema de mucha complejidad por las implicancias que conlleva su interpretación y manejo. De entrada podemos comentar que de manera permanente se habla de aportes y cotizaciones, lo que con frecuencia, se ha visto, genera ligeras confusiones. Como se trata de acercarnos con afecto al sistema y esto implica conocer sus detalles a partir de los principios que lo inspiran, aclaremos someramente de qué se trata uno y otro concepto.

Por aporte debemos entender las sumas de dinero que constituyen las cotizaciones recaudadas.

Por cotización el porcentaje que se debe aplicar al Ingreso Base de Cotización del trabajador dependiente y del independiente para tener derecho a los beneficios que el Plan Obligatorio de Salud ofrece.

Para el año 2007, la ley 1122 de 2007, artículo 10, incrementó la cotización en el régimen contributivo en un 0.5%, la cual quedó fijada en el 12.5%, y se distribuye en un 8.5% para el empleador o empleadora y un 4% para el trabajador o trabajadora dependiente. En el caso del trabajador o trabajadora independiente y los pensionados o pensionadas, la cotización está totalmente a su cargo.

El Ministerio de la Protección Social en la circular 00101 del 12 de enero de 2007, manifestó: "Teniendo en cuenta que la ley 1122 de 2007 entró a regir el 9 de enero de 2007, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 338 de la Constitución Política, en concordancia con el principio de irretroactividad de las disposiciones tributarias consagrado en el artículo 363 del mismo ordenamiento, el incremento de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, comenzará a aplicarse a las cotizaciones que deban pagarse desde el mes de febrero de 2007 y en adelante, siendo igualmente aplicable a partir del citado mes, el incremento de las cotizaciones en salud de los regímenes especiales y de excepción"

La Ley 100 de 1993 en el artículo 22 establece:"El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito cada afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para tal efecto determine el gobierno.

El empleador o empleadora responderá por la totalidad del aporte aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”

Igualmente este texto legal en el artículo 161, Deberes de los empleadores, numeral 2, establece: “En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del sistema general de seguridad social en salud, mediante acciones como las siguientes:

- a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204;
- b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, y
- c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno”

En el parágrafo del mismo artículo señala: “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 correspondiente”

El Decreto 806 de 1998, Capítulo IX, Artículos 65 al 73 establece las normas referentes a las COTIZACIONES y menciona los siguientes temas: Base de cotización de los trabajadores con vinculación contractual, legal y reglamentaria y los pensionados, Base de cotización de los trabajadores independientes, Base mínima y máxima de cotización, Recaudo de cotizaciones, Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados, Cotizaciones durante el período de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo, Régimen aplicable a los funcionarios o funcionarias que prestan el servicio en el exterior y Publicación de extractos de pago.

#### 1.5.1. APOYO JURISPRUDENCIAL

En realidad lo que ha venido sucediendo es un prudente acercamiento de las normas a la realidad con fundamento en los principios constitucionales, de la seguridad social integral y de los derechos fundamentales.

- 1) Respecto del afiliado que no cotiza oportunamente:

En Sentencia T-059 de 1997 la Corte Constitucional al referirse a los Aportes a la Seguridad Social, dijo:"El contrato de Seguridad Social al comportar una forma mixta de relación contractual y reglamentaria conlleva por un lado como presupuesto el principio de continuidad. Esto surge del deber del Estado de asegurar la prestación eficiente e los servicios públicos, para el caso concreto específicamente el de la salud. Y además bajo la óptica contractual contiene el principio de la excepción del contrato no cumplido por el carácter sinalagmático de la relación jurídica.

Por lo tanto, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida. A menos que el asegurado estuviere cobijado por la buena fe y que la EPS hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la EPS no puede suspender el servicio de atención al usuario o usuaria ni alegar pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación al principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido"

2) Respecto de un empleador o empleadora que no da aviso de la novedad de retiro y además adeuda aportes a la EPS, exigencia de paz y salvo:

En Sentencia T-122 de febrero de 2002, la Corte Constitucional señaló en uno de sus apartes:"Ante esta situación, la actitud asumida por SaludCoop EPS se muestra desproporcionada pues, so pretexto de la mora en el pago de los aportes correspondientes al tiempo transcurrido entre la desvinculación de la actora y su reporte, no imputable a ella, desde luego, generará la desafiliación de su madre como beneficiaria, poniendo en manifiesto peligro su derecho fundamental a la vida. Mucho más si el régimen de seguridad social faculta a la EPS para liquidar los períodos adeudados por el empleador o empleadora y le reconoce a tal liquidación mérito ejecutivo para que, desatando los medios judiciales ordinarios, haga efectivo el pago de las sumas adeudadas – Decreto 806 de 1998, artículo 79-. De este modo, si la misma ley habilita el camino para que una EPS force el pago de los aportes adeudados por el empleador o empleadora que no ha reportado oportunamente la novedad de retiro de un trabajador, no concurren argumentos para que, en procura del mismo propósito, se sacrifiquen los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, de una beneficiaria de la tercera edad afectada de una dolencia cardiaca"

Prosigue:"Por otra parte, en relación con lo argumentado por la entidad demandada, no es cierto que en casos como el presente el artículo 43 del Decreto 1406 de 1999 faculte alas EPS a no expedir el paz y salvo que se requiere para el traslado de un afiliado o afiliada en el sistema de seguridad social en salud. Lo que la norma permite es que el traslado de un afiliado independiente que se haya retirado de una EPS, adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, solo se haga efectivo a partir del momento en que cancele sus obligaciones pendientes y, en el caso de los afiliados dependientes, que el traslado solo se haga efectivo tras cancelar sus obligaciones pendientes con el sistema por concepto de copagos o cuotas moderadoras"

### 3) Respecto de la negativa a la atención y suministro de medicamentos, por mora del patrono en el pago de aportes:

En Sentencia T-015 de enero de 2002, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:"El Instituto de Seguros Sociales ha negado la prestación del servicio de salud requerido por la demandante, así como el suministro de los medicamentos necesarios, aduciendo la mora del patrono en el pago de los aportes por concepto de salud, en este caso, del Hospital Lorencita Villegas de Santos.

No desconoce la Corte, como lo ha dicho en reiteradas oportunidades, que las empresas prestadoras de salud necesitan para poder operar, del pago efectivo y oportuno de quienes están obligados a aportar dentro del régimen contributivo, entre otras cosas, para que dichas empresas prestadoras del servicio de salud puedan mantener el equilibrio financiero que les permita brindar un servicio oportuno y eficaz a todos sus afiliados. De esta suerte, no puede trasladarse a las EPS la responsabilidad que le corresponde al patrono incumplido.

Con todo, tampoco se puede predicar que el incumplimiento del patrono genere una ausencia absoluta de responsabilidad de las entidades prestadoras de salud, pues como se sabe, la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado (art. 49 C.P.), y por ello, no pueden aduciendo mora en el pago de los aportes por parte del empleador o empleadora abstenerse de la prestación del servicio de salud, mucho menos, cuando se trata de una persona de la tercera edad que padece de dolencias que pueden comprometer su vida.

En relación con la responsabilidad que asiste a las empresas prestadoras de salud con sus afiliados, aun en el evento de presentarse mora patronal, cuando se trate de urgencias o de situaciones de especial gravedad, es importante recordar lo que al efecto ha dicho esta Corporación:

"Pero, si el empleador está en mora, la EPS debe, en primer lugar, exigir el pago de la cuota, pero también puede repetir lo gastado contra el empleador moroso, quien en principio es quien ha debido prestar la atención por ser proyección esta del contrato laboral suspendido.

La Corte ha dicho que el trabajador no tiene por qué quedar afectado por la culpa del empleador que no cotiza oportunamente. Ante esta circunstancia ha surgido en la jurisprudencia una doble solución: responde el empleador y por lo tanto se torna responsable de la prestación del servicio médico y de la entrega de medicamentos; o, el trabajador, si el empleador no responde lo puede exigir a la EPS que lo atienda debidamente en razón de la voluntad de servicio público; pudiendo la EPS cobrarle al empleador o en algunos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad.

En la sentencia C-177/98 se fijó el alcance de la jurisprudencia constitucional sobre la mora patronal en el pago de los aportes de salud. Allí se dijo:

'...la Corte Constitucional ha esbozado dos tesis en sus decisiones de tutela. La primera puede analizarse en las sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-154 A de 1995 y 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, en donde se dispone que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. Por el contrario, la segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador aquél no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos (Sentencias T-330 de 1994 y T-01 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-341 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-571 de 1994 y T-131 de 1995, Jorge Arango Mejía, T-005 de 1995 y T-287 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Estas divergencias se explican, en muchos casos, por la diversidad de las situaciones concretas, propias de las decisiones de tutelas. Además, como se ha señalado, si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias a favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin

de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad”<sup>1</sup>.

Así mismo, en reciente providencia en la que se analizó un asunto similar al que ahora ocupa la atención de la Corte, se dijo lo siguiente:

“[a]nte todo, estimase necesario reiterar que la omisión en que incurre el empleador, al no trasladar oportunamente los aportes correspondientes a las entidades promotoras de salud, vulnera directamente entre otros, los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al trabajo y a la seguridad social, pues, al tratarse de un régimen contributivo, la mora en el pago, incide directamente en la prestación del servicio, ya que la empresa no puede desarrollar el objeto social para el cual fue creada, ocasionando por ende serios perjuicios a todos sus afiliados, quienes ven desmejoradas la calidad de la prestación, ante la ausencia de recursos económicos.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la atención en salud a cargo de las EPS, está circunscrita al pago oportuno de los aportes; por lo tanto cuando la empresa promotora suspende el servicio médico, quirúrgico y hospitalario de uno de sus usuarios por falta de pago de las cotizaciones, está asumiendo una conducta legítima; quedando a cargo del empleador moroso, la responsabilidad de la prestación del servicio como consecuencia de su omisión.

De igual forma, el artículo 57 del Decreto 806 de 1998, establece que cuando del patrono no ha pagado las cotizaciones, éste deberá garantizar la prestación de los servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, ‘sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el parágrafo del artículo 210 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993’

Pero también debe señalar la Corporación una vez más que, si bien en principio las E.P.S. no están obligadas a prestar servicios cuando no les han cotizado oportunamente, pues la obligación directa en tal materia es del patrono y a éste debe exigirse su cumplimiento, ello no exonera totalmente a las E.P.S. de un deber esencial a su función, cual es el de atender a la persona que se encuentra en delicado estado de salud, en una situación de urgencia, o afrontando grave peligro de muerte. Es lo propio del Estado Social de Derecho y lo que se deriva del principio constitucional de solidaridad, no menos que del carácter fundamental de los derechos a la vida y a la integridad personal. Todo ello sin perjuicio de

---

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia SU-562 de 4 de agosto de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

repetir por los costos en que incurran, contra el patrono o contra el Fondo de Solidaridad y Garantía según el caso”<sup>2</sup>

En el presente caso, se encuentra de por medio la salud y la vida de una persona de la tercera edad, que, como se vio, requiere de atención permanente a causa de unas dolencias serias que pueden comprometer gravemente su vida. Así las cosas, sin desconocer la mora en que ha incurrido el Hospital Lorencita Villegas de Santos en el pago de los aportes por concepto de salud, esta Sala de Revisión ordenará al Instituto de Seguros Sociales, que es la entidad demandada en esta tutela, que preste la atención médica que requiera la accionante, así como el suministro de los medicamentos necesarios.

No obstante, el Instituto de Seguros Sociales puede repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías –Fosyga- con el fin de que se le restituya el valor que por todo concepto se le adeude con ocasión del tratamiento médico que requiere la accionante. Adicionalmente, si es del caso, el Instituto de Seguros Sociales, puede adoptar las medidas legales pertinentes para que el empleador de la actora cancele la totalidad de aportes adeudados”

#### 4) Respecto de un afiliado que no cotiza oportunamente:

En Sentencia T-771 de septiembre 4 de 2003, la Corte Constitucional recordó lo dicho en la Sentencia T-497/02: “Si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido, a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida. A menos que el beneficiario estuviere cobijado por la buena fe y que la EPS hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la EPS no puede suspender el servicio de atención al usuario o usuaria ni alegar la pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación al principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido. Si la EPS se allana a cumplir, pese a que no ha recibido el aporte del beneficiario, es obvio que no puede suspender el servicio que venía prestando, en primer lugar, porque hay un término de seis meses que la ley señala para no perder la antigüedad acumulada y en segundo lugar, porque el recibo extemporáneo de las cuotas allanó aún más el incumplimiento. Pero si no hay allanamiento y hay mala fe del beneficiario o beneficiaria incumplido, la EPS puede invocar la excepción de contrato no cumplido”

---

<sup>2</sup> Sent. T-1134 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

### 1.5.2. OPINIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo en su estudio sobre El Derecho a la Salud, en la Constitución, Jurisprudencia y los Tratados Internacionales, edición 2003, al referirse a este tema, expresó lo siguiente:

“Continuidad de los servicios y mora patronal. En caso de mora patronal en el pago de los aportes a salud, procede la acción de tutela cuando el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentran en situaciones que comprometan su vida y la EPS a la que se encuentran afiliados niegue la atención médica en razón de la mora. El patrono debe entonces asumir la totalidad que le corresponda en relación con la atención médica. Si el patrono no puede hacerse cargo de la atención médica, la EPS debe hacerlo para luego repetir contra el patrono o, en su defecto, contra el Estado”

Básicamente lo que hace es reafirmar lo que hemos venido expresando sobre los efectos reales de los principios de continuidad y efectividad en el servicio de salud y a su vez, establecer los linderos de hasta donde es responsabilidad de uno u otro de los actores del sistema, siempre orientado a la protección y no a la desprotección.

### 1.5.3. APOYO ADMINISTRATIVO SOPORTADO EN DECISIONES JURISPRUDENCIALES

El Superintendente Nacional de Salud en la circular 039 del 31 de octubre de 2000, dirigida a las EPS cualquiera sea su naturaleza, a las Entidades que administran planes adicionales de salud y a las IPS, hace un llamado a la prevención sobre el trato digno a los usuarios o usuarias y el cumplimiento a cabalidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud por orden de la Corte Constitucional, según Sentencia T-378/2000.

En consecuencia, transcribo la parte pertinente a dicha circular en el punto 1.2 llamado: LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN RELACION CON LA MORA PATRONAL

“De acuerdo con las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta que cuando no se presta el servicio de salud por la EPS, con el argumento de la mora patronal, esta alta Corte ha presentado alternativas que de manera general apuntan a que la mora patronal no puede ser disculpa para la no prestación del servicio de los afiliados.

1.5.3.1. La EPS debe seguir prestando eficientemente a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro, por los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social. (Sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997, T154a de 1995, T-158 de 1997, T-072 de 1997 y T-202 de 1997.)

En determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

En Sentencia C-177/98 precisó: “En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, ruede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.”

1 Mg. P. Alejandro Martínez Caballero.

1.5.3.2. El empleador debe prestar directamente los servicios médicos, si por descuido o dolo suyo, no realiza los correspondientes aportes en salud. (Sentencias T-330 de 1994, T-01 de 1995, T-341 de 1994, T-131 de 1995, T-005 de 1995 y T-287 de 1995)

1.5.3.3. Si el empleador es moroso, las consecuencias de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud.

En la sentencia T-606/96, se dijo que no se puede castigar al trabajador por el no pago de los aportes patronales, pues esto “implicaría trasladar al trabajador, activo o retirado, sin razón jurídica atendible, las nocivas consecuencias de la negligencia e irresponsabilidad patronal”. Por consiguiente, si el empleador o empleadora es moroso las consecuencias de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud., más aún cuando “la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador o

trabajadora”, por ende el principio de la buena fe (C. P. art. 83), resultaría de ese modo quebrantado “. (...)”

1.5.3.4. El empleador responde por la prestación de la seguridad social, en los eventos en que haya mora, la EPS no se puede desligar de la obligación la prestación del servicio de salud.

En la Sentencia SU-562/99, se precisa:

“Pero así como el empleador responde por la prestación de la seguridad social, en los eventos en que haya mora, también la EPS no se puede desligar de la obligación.

Aunque aparece una laguna normativa sobre el acceso y prestación del servicio de salud por parte de las EPS a las personas y beneficiarios de los trabajadores cuyo contrato laboral está suspendido, de todas maneras para dilucidar esta inquietud habrá que acudir a los parámetros que la propia Corte Constitucional ha fijado. Esto significa que para la solución del problema se apelará a la jurisprudencia sobre temas de salud y de protección al trabajador en condiciones especiales en que no hay norma concreta para el caso controvertido, teniendo en cuenta las peculiaridades que tiene la situación de la suspensión del contrato y el hecho de que aunque está obligado el empleador o empleadora no solamente incumpla al deber de consignar los aportes a la EPS, sea oficial o particular; sino también al de prestar el servicio y por lo tanto quede desprotegido el trabajador enfermo, pese a que teóricamente estaría doblemente protegido. Por consiguiente, para evitar la desprotección, cabe también la tutela contra la EPS para proteger los derechos fundamentales del trabajador dependiente.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 1996; M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T-606 de 1996, T-072 de 1997, T-171 de 1997, T-299 de 1997, T-202 de 1997, T-398 de 1997.

Sentencia T-323 de 1996; MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Se reiteró en la T-299 de 1997.

Mg.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

En las circunstancias anotadas, la EPS no se puede desligar de la prestación del servicio de salud. Tan así que, en el propio ISS no se saca del sistema al trabajador con contrato suspendido y con mora patronal, sino que se le suspende la atención.

Pero, si el empleador o empleadora está en mora, la EPS debe, en primer lugar, exigir el pago de la cuota, pero también puede repetir lo gastado contra el empleador o empleadora morosa, quien en principio es quién ha debido prestar la atención por ser proyección ésta del contrato laboral suspendido.

La Corte ha dicho que el trabajador no tiene por qué quedar afectado por la culpa del empleador o empleadora que no cotiza oportunamente. Ante esta circunstancia ha surgido en la jurisprudencia una doble solución: responde el empleador o empleadora y por lo tanto se torna responsable de la prestación del servicio médico y de la entrega de medicamentos; o, el trabajador, si el empleador o empleadora no responde le puede exigir a la EPS que lo atienda debidamente en razón de la voluntad del servicio público, pudiendo la EPS cobrarle al empleador o empleadora, o en algunos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad.”

1.5.3.5. Si la EPS considera que el empleador no paga lo debido, puede exigir ejecutivamente y aún por la jurisdicción coactiva, el pago completo de los aportes. Cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (art. 63 del Código Civil).

Al desarrollar este tema, precisó la Corte Constitucional en Sentencia C-177198, que:

“(...) si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad.

(...)

Igualmente, y con el fin de fortalecer estas posibilidades de cobro por parte de estas entidades, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 determinó que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, ‘serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 21982, 89 de 1988

y 100 de 1993'. Esto significa que, al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.

Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP arts. 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes" (art. 63 del Código Civil).

Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental (...)"

Con base en los criterios jurisprudenciales anteriormente expuestos:

- Las EPS tienen la responsabilidad de recaudar los aportes y cotizaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de organizar y administrar la prestación de los servicios de salud, con eficiencia y oportunidad, dentro del Régimen Contributivo.
- Ello implica que deben ejercer acciones de cobro coactivo, como lo establece la Ley 383 de 1997 en su artículo 54, modificado por el artículo 91 de la Ley 488 de 1998, que garantice el recaudo eficiente de los recursos y de otra parte la oportunidad en la prestación del servicio.
- Si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, este traslado de la obligación no exonerá integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes.
- Si no es posible que el patrono moroso preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente ordenar a la EPS que atienda al trabajador o trabajadora y repita contra el patrono que ha incumplido".

#### 1.5.4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Lo que podemos observar es que están las normas que regulan lo referente al monto, recaudo y pago de aportes. Sin embargo y en virtud de la aplicación de principios tales como la eficiencia en la prestación del servicio, la continuidad en la prestación del servicio, la seguridad social en conexión con la vida, la efectividad de las prestaciones, la buena fe y la igualdad, entre otros, la Corte Constitucional ha sabido tenerlos de presente para entrar a decidir situaciones aparentemente claras desde la norma, pero también en su decisión y solo basado en las normas, dañinas para el beneficiario.

Ya hay suficientes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre este tema, la pregunta entonces es: Porque las entidades que prestan el servicio de salud, no deciden lo que se debe hacer y de esta manera se agiliza, efectiviza y humaniza el servicio de salud, sin necesidad de que el beneficiario tenga que acudir a mecanismos como la acción de tutela?

Los dineros producto de los aportes en salud no son propiedad del empleador o empleadora, o trabajador o trabajadora, son en su totalidad del sistema y en ese orden de ideas deben ser entregados en las fechas que correspondan a las entidades de recaudo que la ley designó.

Cuando el empleador o empleadora descuenta aportes y luego no los entrega al sistema de manera oportuna, su conducta puede y debe ser vista también desde la óptica del Derecho Penal.

Tal como la Ley 100 de 1993 lo establece, son los aportes los recursos más importantes con que cuenta el sistema para, luego, por medio del FOSYGA en la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo, hacer la compensación y situar el valor per cápita denominado UPC que por cada afiliado y beneficiario tiene la EPS para hacer efectivo el POS.

Se prioriza al trabajador en el sentido que no debe ser el afectado por la culpa u omisión del empleador o empleadora que no paga oportunamente los aportes. Esta priorización se hace efectiva cuando se exige al empleador o empleadora la prestación del servicio o cuando se le exige a la EPS la prestación del servicio ante la imposibilidad de que lo haga el empleador o empleadora. Tal como lo señala la Corte Constitucional, la EPS puede repetir contra el empleador o empleadora, contra el FOSYGA en algunos eventos.

## 1.6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Aj

*Sentencia C-521 de 2007:*

*Al declarar la Corte Constitucional la inexequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia dejar también sin eficacia lo establecido en el decreto 806 de 1998, artículo 34, literal b), en lo pertinente a “cuya unión sea superior a dos (2) años”, se fundamenta en que la exigencia de la convivencia de un lapso no inferior a dos (2) años para que un compañero(a) permanente sea considerado beneficiario, va en contra de los principios de igualdad, seguridad social, libre desarrollo de la personalidad, vida y protección integral.*

*En esta norma hay un exceso de protección a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, en detrimento de los compañeros (as) permanente, lo cual es una clara discriminación del sistema de salud.*

*Sentencia T-059 de 1997:*

*Adicional a lo ya expresado se refuerza el entendimiento del principio de continuidad del servicio de salud, salvo que razonablemente existan los argumentos para que el servicio no se preste.*

*Las razones de índole administrativo o aquellas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores o empresas contratantes con las EPS no son aceptables para negar la atención médica ya iniciada.*

*“En virtud del principio de la eficiencia, cual es inherente a la prestación de los servicios públicos (art. 365 de la C.P.), el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de manera continua y eficiente del servicio. De la mencionada obligación 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. 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.*

Aj

*La corte ha considerado que la continuidad en la prestación de los servicios públicos se justifica en tanto se garantice también el postulado de la buena fe”*

*En cuanto al derecho que tiene el usuario del sistema a recibir de manera oportuna y suficiente los servicios de salud requeridos, la honorable corporación se pronunció diciendo “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 recibirla de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales”*

*Sentencia T-122 de 2002:*

*Ante el evento de la mora en el pago de los aportes, la Corte Constitucional manifestó “La actitud asumida por Salud Coop EPS se muestra desproporcionada pues, so pretexto de la mora en el pago de los aportes correspondientes al tiempo transcurrido entre la desvinculación de la actora y su reporte, no imputable a ella, desde luego, generará la desafiliación de su madre como beneficiaria, poniendo en manifiesto peligro su derecho fundamental a la vida. Mucho más si el régimen de seguridad social faculta a la EPS para liquidar los períodos adeudados por el empleador y le reconoce a tal liquidación mérito ejecutivo para que, desatando los medios judiciales ordinarios, haga efectivo el pago de las sumas adeudadas –Decreto 806 de 1998, artículo 79-. De este modo, si la misma ley habilita el camino para que una EPS force el pago de los aportes adeudados por el empleador que no ha reportado oportunamente la novedad de retiro de un trabajador, no concurren argumentos para que, en procura del mismo propósito, se sacrifiquen los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, de una beneficiaria de la tercera edad afectada de una dolencia cardiaca”*

## 1.7. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

- a) De acuerdo con los conceptos técnicos por favor indique cuáles de ellos hacen parte del grupo de dirección, vigilancia y control del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.
- b) Analizando los conceptos técnicos necesarios, cuales considera usted hacen parte de la estructura económica y financiera.

**Ap**

- c) Para un mejor entendimiento y con fundamento en el estudio efectuado, cómo podría esquematizar en qué casos la mora afecta la prestación del servicio y en qué casos no.
- d) Que entiende por selección, afiliación y multiafiliación?
- e) El afiliado beneficiario tiene derecho a prestaciones económicas y porque razón?
- f) Qué diferencia práctica le ve usted a la existencia de un régimen contributivo y uno subsidiado? En complemento que es para usted el Vinculado y qué derechos tiene?

## 1.8. AUTOEVALUACIÓN

**Ae**

- a) ¿Qué sucede cuando a un trabajador se le niega la prestación del servicio de salud que es requerido con urgencia por una enfermedad grave, alegando la EPS mora en el pago de los aportes por parte del empleador o empleadora?

Al respecto se pregunta: ¿Cómo deben entenderse los principios de continuidad en la prestación de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social?

¿Puede legalmente la EPS negar la prestación del servicio? ¿Corresponde al empleador o empleadora asumir dicha prestación? ¿Qué pasa cuando el estado de salud es delicado y hay peligro de muerte? ¿Si la EPS presta el servicio puede recuperar su costo y cómo se haría?

- b) ¿Qué sucede cuando a una trabajadora se le termina la relación de trabajo como dependiente, encontrándose afiliada la misma al sistema de salud en una determinada EPS, y luego inicia otra relación de trabajo y se vincula a otra EPS diferente de la anterior y esta le exige el paz y salvo de su afiliación a la anterior EPS?

La anterior EPS le informa que no ha sido desafiliada porque su empleador o empleadora no reportó la desvinculación laboral y que adeuda las cotizaciones y obviamente no le pueden expedir el paz y salvo.



*La trabajadora exige el paz y salvo para poder mantener la nueva afiliación en la cual incluye como beneficiarios a sus padres que son de la tercera edad y requieren tratamiento y medicamentos de urgencia, por problemas renales graves.*

*¿Puede la EPS anterior negarle la expedición del paz y salvo teniendo en cuenta el estado de salud muy delicado de los padres de la afiliada? ¿Cómo hace la EPS anterior para cobrar los aportes adeudados ¿puede involucrar en esta deuda a la afiliada? ¿Puede entonces el afiliado vincularse a la nueva EPS o debe seguir con la anterior, hasta que se haga efectivo el pago de los aportes adeudados?*

c) *María Sastoque, empleada del servicio doméstico cotiza al sistema de salud en el régimen contributivo a través de una cooperativa. Se encuentra en estado de embarazo y se atrasa tres días en el pago de los aportes.*

*Cuando va a pagar los aportes adeudados, la cooperativa le manifiesta que está desafiliada por no pagar oportunamente y además porque tiene un empleador o empleadora que es la señora donde trabaja como empleada del servicio doméstico y no la cooperativa, siendo que al momento de la afiliación, la cooperativa no puso obstáculo alguno.*

*¿Puede un trabajador dependiente afiliarse al sistema de salud en el régimen contributivo por medio de una cooperativa? ¿Si la persona está mal afiliada por culpa de la cooperativa, puede la EPS negar la prestación del servicio requerido?*

*En vista de la manifestación de la cooperativa aduciendo que la trabajadora estaba desafiliada y ante la no atención de la reclamación que se le hizo y dado que en su momento no prosperó la tutela presentada, la trabajadora se afilió como beneficiaria de su esposo y por ese vínculo se le prestó el servicio médico que necesitó en su periodo de embarazo faltante y el parto; pero la licencia no se le pagó. ¿Tiene derecho a la licencia?, ¿Cómo la cobra y a quien? ¿Hay alguna sanción para su empleadora por la afiliación efectuada? ¿Hay alguna sanción para la cooperativa?*

## 1.9. BIBLIOGRAFÍA

### B

ARENAS Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social.* Bogotá: Legis, 2006.

Defensoría del Pueblo. *El Derecho a la Salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales,* Edición Esteban Restrepo Saldarriaga, Bogotá 2003.

Defensoría del Pueblo. *Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la luz del Derecho a la Salud.* Bogotá 2006.



## Unidad 2 | LAS COTIZACIONES

**Qg**

*El Sistema de Seguridad Social en salud requiere para su operatividad y eficiencia de una estructura económica y financiera que garantice su efectividad. Es entonces de vital importancia identificar su normatividad, filosofía y aplicación práctica.*

**Qe**

- *Identificar la estructuración general del régimen de cotizaciones.*
- *Determinar los efectos de la cotización y como se maneja la misma durante las situaciones laborales especiales o novedades laborales.*

## 2. LAS COTIZACIONES

### 2.1. INTRODUCCIÓN

La seguridad social en salud, como servicio público que es, con las características que implica la prestación del servicio, requiere para los efectos prácticos de su efectividad en los términos planteados en la Constitución Política de una estructura económica y financiera que garantice al sistema y a los afiliados a través de los regímenes contributivo y subsidiado, el acceso, la continuidad y la calidad de la prestación del plan de salud al que según su vinculación puedan tener derecho.

La carta magna en el artículo 49 establece: "La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud..."

El principio de solidaridad debe ser entendido no solo referido a lo económico, sino a la actitud que todos debemos tener para con el sistema de salud; en consecuencia, el sistema de salud para su efectividad se nutre no solo de dinero, sino de buena información, de responsabilidades bien entendidas, de conocer su manera de operar para no hacerlo generar costos innecesarios y dicho de manera general, de mucho afecto por lo que el mismo sistema implica para todos nosotros.

Lo anterior, considero, no va en contravía de lo expresado en la Ley 100 de 1993, artículo segundo, cuando al hablar de la SOLIDARIDAD se refiere a "Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo"

Dicho lo anterior, encontramos entonces en las cotizaciones el mecanismo ideal de contribución económica al sistema de seguridad social en salud y por ello parte del concepto de OBLIGATORIEDAD en la afiliación y dice que le corresponde al Estado facilitar la afiliación a las personas que no pueden contribuir al sistema por no tener vínculo laboral o por carecer de capacidad de pago. Son las cotizaciones la herramienta de la cual se nutre el sistema para garantizar su operación global, que garantice las prestaciones asistenciales y

económicas que se ofrecen en sus planes y programas, especialmente en los régímenes contributivo y subsidiado en cuanto al plan obligatorio de salud en cada uno de ellos.

Valga la pena comentar los efectos y consecuencias graves para las personas que captando por autorización legal esta clase de recursos no los aporten al sistema en las fechas y condiciones establecidas.

Tal como lo menciona el profesor Arenas Monsalve, refiriéndose a las cotizaciones en su obra El Derecho Colombiano a la Seguridad Social, "que servicio público no significa servicio gratuito. La regulación constitucional de los servicios públicos señala expresamente que la ley fijará en los servicios públicos, entre otros aspectos, "el régimen tarifario que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos" (CP, art. 367). La Corte Constitucional ha tocado el asunto en forma tangencial, señalando que "es claro que el servicio público puede ser oneroso, tal como lo prevé la propia Carta en su artículo 367, sin exonerar de esa posibilidad a la seguridad social" (S. C-408 de 1994). Por lo tanto la seguridad social puede tener y efectivamente tiene un régimen tarifario, que se manifiesta en la obligación del afiliado de pagar unas cuotas periódicas para su financiamiento, que se denominan cotizaciones"

Finalmente, cabe mencionar que los aportes a la seguridad social son recursos de carácter parafiscal. El artículo 48 de la CP señala que "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella"

## 2.2. ASPECTOS TECNICOS NECESARIOS

Siempre nos ayuda precisar algunos conceptos técnicos o glosario de términos para abordar con más tranquilidad los temas objeto de estudio.

Tomados algunos de ellos del estudio efectuado por la Defensoría del Pueblo en la obra "Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la luz del Derecho a la Salud" y de las normas que reglamentan el sistema de seguridad social en salud.

### 2.2.1 *Regimen contributivo*

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, que puede llegar a

incluir el valor de una UPC adicional, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador o empleadora.

#### ***2.2.2 Regimen subsidiado***

Conjunto de normas que rigen la vinculación de las personas pobres al Sistema de Seguridad Social en Salud. Se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcial, con recursos fiscales o por medio de la subcuenta de solidaridad.

#### ***2.2.3 Ingreso base de cotización***

Es la base salarial o no del afiliado contributivo, dependiente (sector público o sector privado), sobre la cual el sistema ordena se aplique el porcentaje de cotización establecida. Igual puede decirse que es la base mensual del contrato de servicios o de los ingresos mensuales del trabajador independiente sobre la cual se aplica el mismo porcentaje.

#### ***2.2.4 Aportante***

Es la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o riesgos que conforman el sistema y para uno o más afiliados al mismo.

Se refiere a personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, a las entidades promotoras de salud, a los independientes y en general a las personas con capacidad de contribuir a la financiación del sistema.

#### ***2.2.5 Cotización base***

Corresponde al valor que, de conformidad con la información sobre novedades permanentes suministrada por el aportante, configura el monto total periódico de las cotizaciones a su cargo frente a las administradoras del sistema.

#### ***2.2.6 Novedades***

Comprende todo hecho que afecte el monto de las cotizaciones a cargo de los aportantes o de las obligaciones económicas que estos tienen frente al sistema. Estas novedades pueden ser transitorias o permanentes.

#### ***2.2.7 Novedad transitoria***

Son aquellas que inciden de manera temporal en el proceso de pago por parte del aportante a la seguridad social, teniendo entre otras a licencia de maternidad.

### **2.2.8 Novedad permanente**

Son aquellas que inciden de manera evidente y en ocasiones definitiva la obligación económica del aportante con el sistema, teniendo entre ellas el ingreso, el retiro, el traslado.

### **2.2.9 Trabajador y trabajadora dependiente**

Es aquel que se encuentra vinculado laboralmente a un empleador o empleadora, mediante un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria.

### **2.2.10 Trabajador y trabajadora independiente**

Es aquel que no se encuentra vinculado laboralmente a un empleador o empleadora, mediante un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria. Se pueden tener las condiciones de trabajador dependiente e independiente al tiempo y en consecuencia se deberá actuar conforme al sistema.

### **2.2.11 Periodo de protección laboral**

Es el término de un mes o tres meses según el tiempo de permanencia en una EPS, durante el cual una vez suspendido el pago de la cotización como consecuencia de la terminación de una relación laboral o de la desvinculación de un trabajador independiente como consecuencia de su falta de capacidad de pago, el trabajador afiliado y su grupo familiar beneficiario, gozan de los beneficios asistenciales del plan obligatorio de salud solo para casos de urgencia o tratamientos que venían en curso de atención.

### **2.2.12 Grupo etáreo**

Es la clasificación que el organismo director del sistema establece para ubicar a los posibles beneficiarios del afiliado cotizante, según sus edades biológicas y atendiendo criterios previamente establecidos, para de esta manera establecer a su vez el valor de la unidad de pago por capitación para efectos de la prestación del plan obligatorio de salud contributivo y subsidiado.

## **2.3. MANEJO PRÁCTICO DE LAS COTIZACIONES**

### **2.3.1. SU DETERMINACIÓN Y CONDICIONES**

#### **1) Régimen contributivo**

La cotización actual al sistema de seguridad social en salud está establecida de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007, artículo 10: "La cotización al régimen contributivo de salud será, a partir del 1 de enero de 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 empleado del 4%”.

El Ministerio de la Protección Social, mediante circular 00101 del 12 de enero de 2007 aclaró, que para los trabajadores independientes y pensionados el incremento de la cotización del 0.5% estará a su cargo. Además indicó, como ya lo habíamos señalado anteriormente que este incremento empezaría a aplicarse en las cotizaciones que deban pagarse desde febrero de 2007.

Aclaración especial merece cuando nos referimos a los trabajadores independientes, ya que si bien tenemos claro cuál es el porcentaje de cotización que les corresponde y además sabemos que es totalmente a su cargo, debemos precisar sobre qué ingreso, monto o renta es que le corresponde dicha cotización.

En efecto el Decreto 510 de 2003 que reglamentó parcialmente algunos artículos de la ley 797 de 2003, estableció en el artículo 3 “La base de cotización del sistema general de pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud”

La Ley 1122 de 2007 en el artículo 18, trata el tema del **ASEGURAMIENTO DE LOS INDEPENDIENTES CONTRATISTAS DE PRESTACION DE SERVICIOS** y dice” Los independientes contratistas de prestación de servicios cotizarán al Sistema 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” Sigue diciendo la norma en comento lo siguiente: “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”

Esta norma consideramos es la plenamente aplicable al trabajador independiente cualquiera sea su manera de vinculación, y quedarían sin efecto los artículos 11 del Decreto 47 de 2000 y 23 del Decreto 1703 de 2002. Además ya no hay lugar a establecer diferencias entre contratos de vigencia determinada y contratos de vigencia indeterminada.

## 2) Mínimo de permanencia en el sistema:

El Decreto 2400 de 2002, artículo 22 regula el mínimo de permanencia en el Sistema de Salud como afiliado y el pago del trabajador independiente o de una persona con ingresos diferentes a los originados en una relación laboral o en mesadas pensionales, diciendo que es de un mes, situación extensible a su grupo familiar beneficiario.

## 3) Mínimo y máximo de cotización:

El Ingreso base de cotización mínimo es de 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente y el máximo es de 25 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes.

Para los trabajadores que devengan salario integral, la base de su cotización será el 70% del salario integral, respetando el mínimo y máximo ya señalado.

## 4) Régimen subsidiado:

El Acuerdo 244 de 2003 establece en el artículo segundo, parágrafo: "No podrán ser beneficiarios 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 al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a cualquiera de los regímenes de excepción establecidos en la normativa vigente"

El CNSSS establece cada año o en la época en que según los estudios previos así lo consideren, el valor de la UPC-S, según grupos de poblaciones, edades y otras situaciones especiales, constituyéndose esta UPC-S en el valor de la prestación del POSS, que a su vez se va a financiar con los recursos del régimen subsidiado en los términos previstos en la Ley 112 de 2007, artículo 11. Dice dicha norma que:

"El régimen subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

### 1. De las entidades territoriales.

a) Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, SGPS, que se destinarán previo concepto del Conpes, y en una forma progresiva al Régimen Subsidiado en Salud: En el año 2007 el 56%, en el año 2008 el 61% y a partir del año 2009 el 65%, porcentaje que no podrá ser superado. El porcentaje restante se destinará, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional

para financiar la atención de la población pobre no asegurada, las actividades no cubiertas por subsidio a la demanda y a las acciones en salud pública;

b) Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial;

c) Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, a partir del año 2009, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinará por lo menos el 25% a la financiación del régimen subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial. Para los años 2007 y 2008 se mantendrá en pesos constantes el monto de los recursos de rentas cedidas asignados al régimen subsidiado en la vigencia 2006;

d) Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del régimen subsidiado;

e) Los recursos propios y los demás que asignen las entidades territoriales al régimen subsidiado, diferentes a los que deben destinar por ley, deberán estar garantizados de manera permanente.

## 2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

a) Uno punto cinco de la cotización del régimen contributivo y de los regímenes especiales y de excepción;

b) 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 cuyo monto fue de doscientos ochenta y seis mil novecientos cincuenta y tres millones de pesos (\$286.953.000.000,00). 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 en los términos establecidos en la presente ley;

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

### 3. Otros.

- a) Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones;
- b) Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el régimen subsidiado;
- c) 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;
- d) Los recursos que aporten los afiliados que tienen derecho a subsidio parcial y que quieran optar al subsidio pleno o al POS del régimen contributivo.

Parágrafo. Los recursos del régimen subsidiado de salud transferidos por el Sistema General de Participaciones y el Fondo de Solidaridad y Garantía se distribuirán dentro de los municipios y distritos con criterio de equidad territorial. En todo caso, se garantizará la continuidad del aseguramiento de quienes lo han adquirido, siempre y cuando cumplan los requisitos para estar en el régimen subsidiado”

### 2.4. COTIZACION EN SITUACIONES LABORALES ESPECIALES

Durante la vigencia de la relación laboral se presentan lo que el sistema denomina NOVEDADES LABORALES, algunas transitorias y otras permanentes, que deben ser reportadas en el proceso de autoliquidación de aportes por quien tenga a cargo esa función.

Estas novedades laborales hacen referencia a hechos que afectan de una u otra manera la vinculación con el sistema desde el hecho del aporte.

Dentro de las novedades permanentes tenemos las siguientes: Ingreso ING, Retiro RET, Traslado a otra administradora TAA, Traslado de otra administradora TDA, Variación de salario VSP.

Dentro de las novedades transitorias tenemos las siguientes: Variación transitoria de salario VST, Suspensión temporal de contrato y Licencia no remunerada SLN, Incapacidad general IGE, Licencia de maternidad LMA, Vacaciones VAC.

Las novedades a que nos vamos a referir son aquellas llamadas transitorias. La idea es que en las denominadas situaciones laborales especiales, el afiliado mantenga el vínculo activo con el sistema de salud mediante el pago efectivo de su aporte, pero entonces debemos distinguir las diferentes situaciones para poder entender cómo aplica.

Las novedades laborales que encuadramos en el concepto de situaciones laborales especiales son: En situación de incapacidad o licencia de maternidad, en situación de vacaciones o permisos remunerados, en situación de huelga o suspensión del contrato de trabajo, en el caso de los servidores públicos en situación de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada, la cotización de los servidores públicos cuando prestan sus servicios en el exterior, la situación de los profesores particulares y su cotización al sistema y la situación de las madres comunitarias y su cotización al sistema.

#### 2.4.1. COTIZACIÓN EN INCAPACIDAD O LICENCIA DE MATERNIDAD

En esta novedad laboral no hay prestación efectiva del servicio, ya que en uno u otro caso la persona afectada por la novedad debe ausentarse del trabajo. Sin embargo, esto no impide que siga vinculado al sistema de salud de manera efectiva a través de la cotización al mismo. Pero la cotización se hace de manera general sobre el llamado Ingreso Base de Cotización que para los efectos del régimen contributivo implica un salario o ingreso real de por medio, situación que en estos casos no se da.

El Decreto 806 de 1998, artículo 70 establece que para los efectos de los aportes al sistema de salud durante esta novedad se toma como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según el caso, manteniéndose la misma proporción ya establecida en cuanto al porcentaje que le corresponde al empleador o empleadora y lo que le corresponde al trabajador, aclarando que para el trabajador o trabajadora independiente será el 100% a su cargo.

Dispone igualmente que en el sector público se pueda pagar de manera anticipada las cotizaciones que correspondan al período de incapacidad o de licencia de maternidad.

El Decreto 1406 de 1999, artículo 40, se refirió al tema en similares términos, adicionando algunos aspectos importantes que no fueron objeto de la Sentencia 5709 de 2000 del Consejo de Estado que solo declaró nulo el inciso segundo de la norma en comentario.

El artículo 40 en consecuencia quedó así: “INGRESO BASE DE COTIZACION 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.

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 correspondería 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 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 y empleadas.

Serán de cargo de la respectiva administradora de riesgos profesionales, ARP, el valor de los aportes para los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter profesional, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARP descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.

Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el período 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.

**PARAGRAFO 1o.** Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados e incapacitadas.

**PARAGRAFO 2o.** Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias 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”

Respecto del pago de los tres primeros días, consideramos que el empleador debe reconocerlos en condición similar a como reconoce el sistema de salud la incapacidad y su cuantía equivale a las dos terceras partes del salario. Obviamente la norma se refiere a la incapacidad ambulatoria, ya que la hospitalaria conlleva el pago a cargo de la EPS desde el primer día de hospitalización.

Es necesario precisar que durante esta situación laboral especial o novedad para el sistema, el afiliado y su grupo de beneficiarios no pueden trasladarse a otra EPS, sino cuando se termine la respectiva novedad laboral y aplicando en ese momento lo normado para esta clase de actuaciones.

#### 2.4.2. COTIZACIÓN EN VACACIONES O PERMISOS REMUNERADOS

En estas novedades laborales tampoco hay prestación del servicio, pero no suspenden el contrato de trabajo respecto de los trabajadores dependientes. El trabajador dependiente percibe un ingreso al cual se le aplica el porcentaje que corresponde; respecto del trabajador independiente la novedad que aplica con mayor sentido son las vacaciones, aunque en la práctica se sabe que la misma poco o nada se reporta como tal, debiendo hacerse porque es la novedad que corresponde.

El Decreto 806 de 1998, artículo 70, inciso segundo, establece que en esta situación o novedad laboral, llámesel vacaciones o permiso remunerado, se cotiza al sistema y la cotización será tomada en consideración al último salario base de cotización reportado antes del inicio de las vacaciones o permisos remunerados.

La norma también se refiere a que en el sector público pueden pagarse de manera anticipada las cotizaciones correspondientes al período de permiso remunerado o vacaciones.

#### 2.4.3. COTIZACIÓN EN SITUACIÓN DE HUELGA O SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Durante el desarrollo de estas novedades laborales no hay prestación del servicio y el contrato de trabajo se suspende. Sin embargo el numeral 7 del artículo 51 del CST, subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, que indica que es causal de suspensión del contrato de trabajo, la huelga declarada en la forma prevista en la ley, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo el entendido de que esta no sea imputable al empleador o empleadora, originada en incumplimientos a sus obligaciones laborales y más exactamente al desconocimiento de derechos laborales legales, convencionales que le correspondiere cumplir y no lo hiciere, ya que de ser así, deberá pagar los salarios y prestaciones sociales que correspondiere. Sentencia C-1369 del 11 de octubre de 2000.

Esta novedad laboral solo aplica respecto de trabajadores dependientes y no en el caso de los trabajadores independientes por obvias razones.

El Decreto 806 de 1998, artículo 71 señala que en desarrollo de esta novedad laboral no hay lugar al pago de aportes al sistema de salud en lo que le corresponde al afiliado, pero en el caso del empleador o empleadora, este si está obligado a pagar los aportes que le corresponden en el porcentaje señalado por la ley, es decir el 8.5%. Dicho aporte se hará tomando como base el último salario reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión disciplinaria.

Mención especial merecen los servidores públicos al señalar la referida norma que “En el caso de suspensión disciplinaria 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”

#### 2.4.4. COTIZACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS CUANDO PRESTAN EL SERVICIO EN EL EXTERIOR

El Decreto 806 de 1998, artículo 72, se refiere al tema. A las Servidoras y los Servidores Públicos mientras prestan servicios al exterior el Ministerio de Relaciones Exteriores a través del Fondo Rotatorio del Ministerio, les debe contratar por medio de entidades aseguradoras la prestación de los servicios de salud. El plan contratado debe ser igual para todos los funcionarios y funcionarias y debe ser el que en el mercado ofrezca las mejores condiciones. El Sistema de Seguridad Social en Salud se le aplica a su regreso al país.

En servidores de otras entidades públicas nacionales, debe la entidad trasladar al fondo del ministerio, los recursos respectivos para garantizar a dichos servidores la cobertura respectiva y a su vez para girar al FOSYGA el 1.5 de Solidaridad.

Finalmente señala que todo el tiempo se contabiliza para efectos del período de antigüedad.

#### 2.4.5. PERÍODO DE COTIZACIÓN DE LOS PROFESORES

El Decreto 806 de 1998, artículo 69 establece: "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 o empleadora 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"

Complementando lo anterior con lo establecido en el CST, artículo 101, cuando señala que el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, se entiende celebrado por el año escolar.

Se precisa aclarar que si la contratación del profesor o docente se dio en el curso del año escolar, la cotización se hará por el tiempo faltante para culminar el año escolar.

#### OPINION DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

"La regulación del sector salud debe respetar el carácter de contribución parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud, según el cual estos recursos no pueden ser destinados a un objeto diferente al que motiva su

recaudo. La Corte Constitucional ha resaltado que los aportes de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud son contribuciones parafiscales y, por tanto, recursos con la destinación específica de usarse en la prestación de servicios de salud o entrega de bienes a los aportantes. La correspondencia que exige la parafiscalidad se establece entre sectores, no entre personas, de lo cual que lo esencial no es que el contribuyente individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, sino que el sector que contribuye sea simultáneamente aquél que se favorece con la destinación posterior de lo recaudado". Defensoría del Pueblo. El Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales.

## 2.5. ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

**A**  
**p**

- a) *Precise para una mejor comprensión del tema, la manera como se determina el Ingreso Base de Cotización para los trabajadores del sector privado, los servidores del sector y los trabajadores independientes. Aclare la situación para la modalidad de pago de salario integral.*
  
- b) *Precise la manera como se debe entender la noción de salario para el caso de los trabajadores dependientes en el sector privado.*

## 2.6. AUTOEVALUACIÓN

**A**  
**e**

- a) *Si un afiliado trabajador dependiente tiene un embargo de su salario por orden judicial, ¿cómo se establece el IBC para efectos de su cotización al sistema en salud?*
  
- b) *¿Cómo se determina el IBC de un asociado a una cooperativa de trabajo asociado, que a su vez es trabajador independiente, dependiente o prestador de servicios?*
  
- c) *En el caso de un trabajador o trabajadora en el sector privado con varias relaciones laborales dependientes, ¿cómo determina el IBC?*

## 2.7. BIBLIOGRAFÍA

### B

ARENAS Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: Legis, 2006.

Defensoría del Pueblo. *El Derecho a la Salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Edición Esteban Restrepo Saldarriaga, Bogotá 2003.

Defensoría del Pueblo. *Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la luz del Derecho a la Salud*. Bogotá 2006.

## Unidad 3 | SUSPENSIÓN Y DESAFILIACIÓN

**Qg**

*Conocer de cerca las conductas porque de eso se trata, que dan lugar a que por parte del sistema, las EPS concluyan en medidas tan drásticas como son la suspensión y desafiliación de un afiliado cotizante o beneficiario.*

**Qe**

- *Con base en los principios y soportados en las normas dar alcance al concepto que implica la prestación del servicio público esencial de salud.*
- *De todas maneras mirar con base en las conductas, las poderosas razones que las EPS tienen para tomar este tipo de decisiones.*
- *Encontrar la manera de acercar al usuario o usuaria del sistema con el principio de la solidaridad que implica en gran parte tener una actitud de cariño con el entorno y no generar para su aprovechamiento un abuso indebido de él.*

### 3. SUSPENSIÓN Y DESAFILIACIÓN

#### 3.1. INTRODUCCIÓN

Cuando desarrollamos el tema de la afiliación, dijimos que era un vínculo que se establecía entre el afiliado y entidad administradora que generaba a partir de ese momento para las partes involucradas unos derechos y a su vez unas obligaciones. Ahora, cuando hablamos de la suspensión y desafiliación, podemos afirmar que son situaciones especiales que de manera temporal o permanente generan para las partes involucradas una cesación en el desarrollo de lo pactado, que afectan de manera evidente al afiliado y su grupo de beneficiarios y que merecen en consecuencia un análisis de parte nuestra para determinar las especiales circunstancias en que estas figuras se pueden dar, su reglamentación y operatividad.

El punto de partida es el entendimiento del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, que como servicio público que es, debe ser garantizado.

Ha dicho la Corte Constitucional “Que los servicios de carácter permanente o constante requieren una continuidad absoluta, como ocurre en el caso de la asistencia médica, los servicios de agua, energía, etc. El servicio público de salud no puede ser interrumpido en su prestación por su carácter inherente a la existencia misma del ser humano y el respeto a su dignidad. De allí que no pueda suspenderse la prestación, salvo que exista una causa aceptable legal y constitucionalmente a partir de la cual sea posible desconocer la inmediatez inherente a la atención en salud”

#### 3.2. DESARROLLO PRÁCTICO

##### 3.2.1. SUSPENSIÓN DE LA AFILIACIÓN

Para el régimen contributivo la suspensión de la afiliación está consagrada en el Decreto 1406 de 1999, artículos 57, 58 y 59 y el Decreto 1703 de 2002, artículo 9.

Básicamente se refieren a que la suspensión se da cuando hay mora en el pago de aportes por un período de un mes y por no presentar los soportes que son exigidos para los beneficiarios.

Al respecto dice el artículo 57 del Decreto 1406 de 1999, cuando nos habla de la limitación de la cobertura del servicio en caso de mora en el pago de los aportes

en salud, que la afiliación se suspende después de un mes de no pago de la cotización o en el evento en que se han incluido beneficiarios y no se paga la UPC que corresponde.

Habrá que analizar en el evento del no pago de la cotización, si esta omisión se da por culpa del empleador o empleadora o culpa de la administradora de pensiones cuando se trata de un pensionado, caso en el cual cualquiera de los dos según aplique, deberá responder de manera directa por el costo que implique la prestación de los servicios médicos que pudiere requerir el trabajador, el pensionado o cualquiera de sus beneficiarios. Y como dice la norma en comento, sin perjuicio de pagar los aportes atrasados y ser objeto de las sanciones a que haya lugar.

Pero bien puede suceder que la EPS genere la atención debida a pesar de la suspensión que se dio en la afiliación. En este evento podrá repetir contra el responsable respectivo.

El Decreto 47 de 2000, artículo 4, señala que "Cuando se suspenda la prestación de servicios de salud por el no pago de las cotizaciones, la Entidad Promotora de Salud deberá informar al empleado o empleada cotizante o trabajador o trabajadora independiente este hecho indicándole su posible desafiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 58, literal a) del Decreto 806 de 1998.

Esta información deberá remitirse a través de correo certificado o cualquier otro correo legalmente autorizado, dirigido al último domicilio registrado en la Entidad Promotora de Salud".

También procede la suspensión de la afiliación cuando hay afiliados beneficiarios que no acreditaron la condición requerida. En este caso tal como lo prevé el artículo 6, inciso tercero del Decreto 1703 de 2002, la EPS debe informar esta decisión al afiliado cotizante en forma previa y por escrito a la última dirección registrada, con antelación no inferior a 15 días y se hace efectiva a partir del primer día del mes siguiente al de la respectiva comunicación.

Igualmente cuando se acredite la condición de beneficiario antes de que se proceda a la desafiliación, se levanta la suspensión y la EPS recibe las UPC por el término de la suspensión. Decreto 1703 de 2002, artículo 9 inciso segundo.

La consecuencia más próxima de una medida de suspensión de la afiliación, bien puede llegar a ser la desafiliación, cuya gravedad por si misma se puede entender.

Las EPS están facultadas para realizar auditorías que de acuerdo con las técnicas en su desarrollo, estén orientadas a verificar que las calidades que fueron informadas al momento de diligenciar la afiliación, valga decir entre otras, condición de conyuge, hijo menor de edad o en edad escolar, entre otras, se mantengan, o en su debido efecto generar las correcciones necesarias.

Básicamente el Decreto 1703 de 2002 menciona que pueden las EPS pueden y deben hacer:

- Requerir a los afiliados cotizantes a acreditar el derecho que tienen sus beneficiarios para estar en el sistema en esa condición, mediante la presentación de documentos que confirmen esa calidad. Aquí es necesario recordar que en el momento de la afiliación, se debe acreditar las calidades que se aducen para tener derecho a la afiliación de beneficiarios dentro del grupo familiar o de miembros adicionales al grupo familiar, pero que a su vez es obligación reportar cuando se causen las novedades que puedan afectar las condiciones mencionadas en la afiliación.
- Requerir a las entidades públicas y privadas el suministro de la información que permita consolidar la misma, haciendo cruces o chequeos de control.
- Presentar a la Superintendencia Nacional de Salud el informe respectivo a este tema y los resultados obtenidos.
- Estos procesos de auditorías y estas actividades ya señaladas se efectuarán cada tres meses.
- En el evento de que la EPS no efectué estas obligaciones de control, será responsable de la permanencia de afiliados beneficiarios en el sistema y por el cobro de las UPC recibidas.

### 3.2.2. PRÓRROGA DE LA SUSPENSIÓN

Se da cuando se presenta una situación de mora en el pago de los aportes, y conforme a lo establecido en el artículo 53 del Decreto 1703 de 2002, se efectúa un pago, el mismo se entiende imputado a compensar la deuda en un orden que comprende primero la obligación con el FOSYGA, luego los intereses por mora y finalmente las cotizaciones obligatorias, de tal manera que si lo pagado no es suficiente para atender toda la deuda, será notificado por la EPS con el envío de la cuenta de cobro respectiva.

Si no se efectúa el pago dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo del cuenta de cobro, se mantiene la suspensión de la afiliación en los términos ya señalados.

### 3.2.3. LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN

Cuando la suspensión de la afiliación fue por falta de pago de las cotizaciones, se debe poner al día en las obligaciones y una vez efectuado el pago total que incluye los intereses por mora, este tiempo de suspensión se tendrá en cuenta para efectos de los períodos de carencia, que ahora conforme a ley 1122 de 2007, en ningún caso en el Régimen Contributivo podrán ser superiores a 26 semanas.

La EPS deberá de todas maneras efectuar la compensación respectiva por los períodos cancelados.

### 3.2.4. DESAFILIACIÓN

Esta procede según el Decreto 2400 de 2002, artículo 2:

- a) Por suspensión de la afiliación por no pago de las cotizaciones por más de tres meses o del no pago de la UPC adicional.
- b) Por el reporte de la pérdida de la condición de trabajador dependiente, La presunción de la no capacidad de pago se entiende o se da con la información consignada en el formulario.
- c) Por pérdida de capacidad de pago del trabajador independiente, así informada a la EPS en la autoliquidación respectiva.
- d) Por no acreditar la condición de afiliados beneficiarios requeridos por la EPS durante el término de los tres meses de suspensión.
- e) El fallecimiento del cotizante implica la desafiliación de los beneficiarios, con excepción de que en el grupo familiar exista otro cotizante, caso en el cual los beneficiarios quedarán a su cargo y el cotizante será cabeza del grupo familiar.
- f) Cuando la EPS se da cuenta de un hecho, situación o novedad no reportada, que implica la extinción de la calidad de afiliado.
- g) Cuando la Superintendencia Nacional de salud defina quejas o controversias de multiafiliación.

Igualmente la mencionada norma establece que las EPS informarán semestralmente a la Superintendencia Nacional de Salud los casos de desafiliación.

El parágrafo 2 de la misma norma establece: En el evento de que la persona desafiliada adquiera capacidad de pago antes que opere la pérdida de antigüedad, debe reingresar a la misma EPS a la cual se encontraba afiliado, cuando no cumpla con los requisitos para ejercer el derecho a la movilidad. Será suficiente el reporte de novedades para efectuar su reafiliación.

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. La EPS podrá compensar por los periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes.

El parágrafo 3 señala: En los casos a que se refieren los literales g) y h), la EPS deberá enviar en forma previa al afiliado una comunicación en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002."

El Decreto 806 de 1998, en el artículo 82 se refiere a las personas que buscan y logran la afiliación al sistema de salud argumentando situaciones que no corresponden a la realidad y en este caso se refiere a ingresos que no son ciertos y relaciones laborales inexistentes. El efecto de estas conductas es la pérdida de beneficios económicos obtenidos y el reembolso respectivo que deben hacer a la EPS, entidad que a su vez tiene las acciones de cobro legales en el evento de que el reembolso no se dé.

El Decreto 1703 de 2002, en el artículo 11, establece el procedimiento para la desafiliación:

Para efectos de la desafiliación, la entidad promotora de salud, EPS, deberá enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un (1) mes, una comunicación por correo certificado en la cual se precisen las razones que motivan la decisión, indicándole la fecha a partir de la cual se hará efectiva la medida. En caso de mora, copia de la comunicación deberá enviarse al empleador o la entidad pagadora de pensiones.

Antes de la fecha en que se haga efectiva 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 y habrá lugar a efectuar la compensación por los períodos en que la afiliación estuvo suspendida.

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 período 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.”

### 3.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Aj

*La Corte Constitucional en Sentencia T-128 de 2005, al referirse a la continuidad en la prestación de los servicios de salud y seguridad social y a la prohibición de desafiliación unilateral por parte de las EPS, manifestó:” Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen que la seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio, cuya prestación está sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. De igual forma, el artículo 48 dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable que “se garantiza a todos los habitantes”, y el artículo 49, por su parte, “garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.*

*En virtud del principio de eficiencia, cual es inherente a la prestación de los servicios públicos (art. 365 de la C.P.)<sup>3</sup>, 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.<sup>4</sup> Al respecto, en la Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero,*

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Sentencia T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Aj

*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 públicos 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."<sup>5</sup>*

*Respecto de la salud y la seguridad social la jurisprudencia ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios y usuarias a recibirla de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales.<sup>6</sup> En tal sentido, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las razones de índole administrativo<sup>7</sup> o aquellas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores o empresas contratantes con las E.P.S. 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 o usuaria adquiera cierta estabilidad en la cual no exista amenaza alguna a derechos fundamentales.<sup>8</sup> En tal sentido esta Corporación, en Sentencia T-617 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, precisó lo siguiente: "Los contratos mediante los cuales se concreta la prestación*

<sup>5</sup> Sentencia T- 993 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>6</sup> 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 hacia 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.

<sup>7</sup> T-262 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>8</sup> T-829 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Aj

*de determinados servicios propios de la seguridad social establecen una relación jurídica entre la entidad responsable y el establecimiento que efectiva y directamente los brinda al usuario, y en modo alguno la negligencia administrativa en lo concerniente a su celebración, renovación o prórroga puede afectar a los usuarios y beneficiarios de tales servicios.”*

Así mismo, en la Sentencia T-1198 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, se reiteró que los pacientes tienen derecho a no sufrir abruptamente la suspensión de la continuidad en la prestación de los servicios de salud. Ello, “en razón de que, tanto la jurisprudencia constitucional como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dan cuenta del derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud y el mismo sería inocuo si en cualquier fase, las entidades prestadoras de salud pudiesen interrumpirlo a voluntad. La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de manera definitiva al afiliado, sino también cuando, aún estando cotizando a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento con fundamento en razones de carácter administrativo.”

De esta manera, quienes están en la obligación de prestar el servicio no pueden incurrir en conductas u omisiones que comprometan esa continuidad.<sup>9</sup> Como ha explicado la Corte, “una vez alguien entra al Sistema tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo”<sup>10</sup>.

En efecto, el artículo 183 de la Ley 100 de 1993 establece la prohibición para las Entidades Promotoras de Salud de terminar, en forma unilateral, la relación contractual con sus afiliados.<sup>11</sup> No obstante dicha prohibición no puede entenderse de manera absoluta, pues las E.P.S. deben actuar sobre la base de la permanencia de un trabajador en el empleo y en el sistema, “salvo que el empleador informe que esta situación ha cambiado o que se identifique un error en la información o un fraude”<sup>12</sup>.

9 T-978 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

10 Sentencias C-800 de 2003 y T-537 de 2004.

11 Ley 100 de 1993 - Artículo 183. Prohibiciones para las entidades promotoras de salud. Las Entidades Promotoras de Salud no podrían, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien deseé 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. (& ).

12 Sentencia C- 800 de 2003, MP. Dr.Manuel José Cepeda Espinosa.

Aj

*Continua diciendo la Corte Constitucional en la referida sentencia: "En todo caso, cabe precisar que en virtud del principio de continuidad del servicio y las decisiones de las E.P.S. de suspender la prestación del servicio o desafiliar a una persona del Sistema no pueden adoptarse de manera unilateral y caprichosa, pues siempre habrá de garantizarse el debido proceso a los afiliados. En la misma sentencia T-537 de 2004, la Corte se refirió a este punto en los siguientes términos:*

*"Las facultades correctivas adoptadas por parte de las E.P.S. han sido avaladas en reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, para sancionar por ejemplo, múltiples afiliaciones. En tal sentido la Corte consideró que:*

*'En todo caso, cuando constitucional y legalmente no corresponda a una EPS continuar un tratamiento médico, lo que se decida al respecto ha de ser producto de un debido proceso básico (artículo 29, C.P.), precepto desarrollado por el legislador al impedir categóricamente a las EPS desafiliar de forma unilateral y caprichosamente a una persona, (...) Ahora bien, lo anterior no significa que en el evento en que se presentan afiliaciones múltiples en desmedro de los principios constitucionales que rigen el sistema de salud, esté prohibido efectuar los correctivos encaminados a evitar que una misma persona continúe afiliado a dos EPS, (...)<sup>13</sup>.'*

*Para el Régimen Subsidiado, el Acuerdo 244 de 2003 nos habla de estos temas referentes a las novedades que pueden surgir con motivo de la afiliación. Resulta entonces necesario precisar que las Entidades Territoriales deben garantizar la existencia de recursos que a su vez garanticen la continuidad de los afiliados en el respectivo régimen.*

*La ley 1122 de 2007 genera un cambio en el sistema de financiación del REGIMEN SUBSIDIADO, modificando el artículo 214 de la ley 100 de 1993 y estableciendo unos mecanismos para el flujo y protección de los recursos del sistema.*

*Sentencia T-128 de 2005:*

*Respecto de la afiliación y desafiliación y la prestación sin interrupción del servicio, la Corte Constitucional ha manifestado entre otros aspectos:*

---

13 Sentencia C- 800 de 2003, MP. Dr.Manuel José Cepeda Espinosa.

Aj

*“De esta manera, quienes están en la obligación de prestar el servicio no pueden incurrir en conductas u omisiones que comprometan esa continuidad.<sup>14</sup> Como ha explicado la Corte, “una vez alguien entra al Sistema tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo”<sup>15</sup>.*

*Así mismo, el artículo 4º del Decreto 1703 de 2002 establece que los afiliados además de la obligación de suministrar los soportes que acreditan la calidad de beneficiario de su grupo familiar cuando les sea requerida, son responsables de “reportar las novedades que se presenten en su grupo familiar y que constituyan causal de extinción del derecho del beneficiario, tales como fallecimiento, 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”.*

*Sentencia T-537 de 2004:*

*“Al tenor del artículo 48 de la Constitución Política, son principios que rigen el servicio público de seguridad social, la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. De igual manera, esta norma constitucional “garantiza a todos los habitantes, el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.*

*“En éste punto, es del caso anotar que el artículo 49 de la C.N. estableció como garantía en favor de todas las personas, la posibilidad de acceder libremente a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, bajo el presupuesto de un ámbito de cobertura personal que “en materia de afiliación y cobertura del sistema, está dado por la capacidad de pago del posible afiliado<sup>16</sup> y la necesidad de ampliar la cobertura personal del sistema<sup>17</sup> a partir de las relaciones de familia entre el usuario y quienes son vinculados como sus beneficiarios”<sup>18”<sup>19</sup></sup>*.

---

<sup>14</sup> Citado en Sentencia T- 128 de 2005, MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández refiriéndose a la Sentencia T-978 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>15</sup> Citado en Sentencia T-128 de 2005, M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernandez refiriéndose a las Sentencias C-800 de 2003 y T-537 de 2004.

<sup>16</sup> Sentencia T-128 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>17</sup> Sentencia T- 537 de 2004, MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>18</sup> Citado en Sentencia - 537 de 2004, MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández refiriéndose al Artículo 6 de la Ley 100 de 1993.

<sup>19</sup> Sentencia T-537 de 2004, MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Aj

*En éste sentido la jurisprudencia constitucional ha establecido que “una vez alguien entra al Sistema tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo”<sup>20</sup>. No obstante, existen deberes correlativos en cabeza de los usuarios del Sistema, los cuales deben ser cumplidos en su integridad para que el derecho a la prestación de los servicios de salud pueda hacerse exigible ante las entidades encargadas de la promoción y prestación de tales servicios”.*

*“Así mismo, entre las normas que los usuarios del Sistema deben cumplir, se encuentran aquellas relacionadas con la información suministrada para acreditar las calidades requeridas para afiliarse en calidad de cotizante o beneficiario, las cuales pueden ser verificadas en todo momento por la E.P.S. respectiva a fin de evitar irregularidades que entorpezcan la sostenibilidad del sistema.*

*Para el efecto, el decreto 1703 de 2002 estableció entre las obligaciones del afiliado, la presentación de los documentos que acrediten las condiciones legales de todos los miembros del grupo familiar (artículo 3) y el reporte de las novedades que se presenten en el mismo, “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” (artículo 4).”*

*Sentencia T-1198 de 2003:*

*“El derecho a la continuidad de la atención en salud, supone entre otras cosas que, una vez iniciado un tratamiento, el mismo no pueda interrumpirse por parte de las prestadoras de salud con el mero expediente de la ausencia de un documento o un protocolo que por su carácter técnico especializado tienen el deber de poseer. La jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las E.P.S de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene*

---

<sup>20</sup> Citado en Sentencia T-128 de 2005, M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernandez refiriéndose a las Sentencias C-800 de 2003 y T-537 de 2004.

Aj

*a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. No es razón válida ni suficiente al momento de negar la autorización para iniciar o continuar un tratamiento médico, argumentar la ausencia de un documento especializado (tal como lo son los protocolos de manejo) que debe poseer la E.P.S en sus archivos o al cual, en todo caso, puede acceder por cuenta propia. La entidad que así lo haga, vulnerará no sólo el derecho a la vida de sus pacientes, sino también el derecho a acceder a la información mínima vital, concretada en el flujo eficiente y oportuno de los datos técnicos especializados".*

### 3.4. ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

Ap

- a) *Qué garantías tiene el trabajador dependiente enfermo que no fue afiliado al sistema de seguridad social en salud por omisión de su empleador o empleadora y cómo las haría efectivas?*
- b) *Qué garantías tienen los beneficiarios del trabajador dependiente por la situación antes planteada?*
- c) *Para efectos del traslado de un trabajador al exterior, es válido mantenerlo afiliado al sistema de seguridad social en salud, así no esté en nuestro país? Puede reclamársele al sistema de salud reintegros de dinero pagados por concepto de tratamientos durante su estancia en el exterior y a qué tarifas? Puede regresarse a nuestro país para continuar los tratamientos e incluso a nivel de hospitalización por patologías adquiridas durante su estancia en el exterior?*

### 3.5. AUTOEVALUACION

Ae

*a) Previa auditoría de la EPS a una empresa con el fin de verificar la información concerniente a sus trabajadores afiliados a esa EPS, se concluye que se evidencian irregularidades en esa información que generan dudas que no fueron aclaradas y, por tal razón, sin seguir el debido proceso, decide entre otras medidas desafiliar a una de las trabajadoras de esa empresa, madre de un hijo recién nacido quien padece graves dolencias que requieren tratamiento inmediato que incluye cirugía.*

*Además, no le pagaron la licencia de maternidad, a pesar de que la afiliada demostró que sí era trabajadora de esa empresa, sin ninguna clase de simulación, que cotizó durante todo el embarazo, es decir que no había irregularidades.*

*Nos preguntamos: ¿Cómo es el debido proceso que debió seguir la EPS en este tipo de auditorías? ¿Debe la EPS prestar los servicios médicos requeridos para el recién nacido? ¿Puede la licencia de maternidad reclamarse por vía de acción de tutela?*

*b) Pedro Jiménez es beneficiario del sistema de salud de las fuerzas militares, como quiera que su hija es funcionaria y trabaja en el Hospital Militar Central y por lo tanto tiene derecho a los servicios de salud. A la fecha tiene 69 años de edad y debe someterse a una diálisis peritoneal, cuyo costo mensual es de \$1.800.000. Su hija deja de ser funcionaria y empleada del Hospital Militar Central.*

*En consecuencia, de manera inmediata el Hospital Militar Central le suspende el servicio médico requerido. Su hija se vincula a SANITAS EPS y solicita la inclusión como beneficiario a su padre. La EPS en comento nada le responde y*

*Luego le manifiesta que la solicitud se encuentra en estudio médico; además, así SANITAS EPS le responda su aceptación, tiene un problema y es que para este tipo de tratamiento se requieren 100 semanas de cotización.*

*Nos preguntamos: ¿Sí es válida la decisión del Hospital Militar Central de suspender el servicio médico que necesita Pedro Jiménez? ¿Puede SANITAS EPS rechazar la inclusión de Pedro Jiménez como*

Ae

beneficiario? ¿Si no tiene la antigüedad en cotizaciones que se exige para este tipo de tratamientos, que sucede entonces? hay algún modo para poder exigir la prestación del servicio médico?

### 3.6. BIBLIOGRAFÍA

B

ARENAS Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social.* Bogotá: Legis, 2006.

Defensoría del Pueblo. *El Derecho a la Salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales,* Edición Esteban Restrepo Saldarriaga, Bogotá 2003.

Defensoría del Pueblo. *Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la luz del Derecho a la Salud.* Bogotá 2006.



## Unidad 4

### LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Qg

*Conocer el mecanismo legal y práctico para el entendimiento y manejo de estos temas, recurrentes en el día a día, pero que no ha sido posible entender, con el consabido perjuicio que ello genera al sistema en general*

Qe

- *Estudiar y analizar el servicio de salud y su incidencia práctica.*
- *Determinar cuando la salud es un derecho fundamental.*
- *Precisar de manera jurídica y práctica el esquema de copagos, cuotas moderadoras, períodos de carencia o espera, mínimos de cotización, para a su vez saber en qué momentos o situaciones puede exigirse al sistema un beneficio al que aparentemente no se tiene acceso. administrativa y su incidencia en los impedimentos y recusaciones.*

## 4. LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

### 4.1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud es un derecho humano que permite ver el desarrollo social, político y económico de un país y de una sociedad. Permite entender el nivel de compromiso que los diferentes actores sociales y políticos tienen con sus conciudadanos de manera directa e indirecta con todos aquellos que habitan en ese territorio pero que dentro de unos bien entendidos principios de universalidad e integralidad tengan la certeza que implica el verdadero amparo en los diferentes contextos o niveles de efectividad y continuidad del servicio.

Lo ideal de un Sistema Integral de Seguridad Social en Salud es lograr que la mayoría de la población acceda de manera más o menos frecuente a los niveles de atención que implican las fases de educación, información y fomento a la salud, de tal manera que las fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación sean en su debido momento a las que con menor intensidad se accedan, lo cual no implica abaratar el servicio, sino racionalizar su uso y poder enfocar mejor las diferentes políticas, programas y realizaciones.

Países como Colombia cuya población en gran mayoría vive en condiciones de pobreza y extrema pobreza, necesariamente accede al sistema de salud en las fases que implican diagnóstico, tratamiento y rehabilitación con una alta intensidad.

El Sistema Integral de Seguridad Social en Salud ofrece en los regímenes contributivo y subsidiado, unos servicios denominados planes de beneficios que relacionamos a continuación: Plan Obligatorio de Salud POS y POS-S para el régimen contributivo y régimen subsidiado, Plan de Atención Básica en Salud PAB, Atención en Accidentes de Tránsito y Eventos Catastróficos ATEC y Atención Inicial de Urgencias AIU.

Salvo para el POS y POS-S, en los demás planes de beneficios toda la población tiene derecho a ellos sin ningún tipo de condicionamiento. En el caso del POS y POS-S se establecen algunos requisitos que de acreditarse o cumplirse dan derecho a su reclamo. Es en estos casos en donde con frecuencia se presentan controversias que implican la no prestación del servicio, su prestación incompleta, el no suministro de medicamentos, exigencia de pagos que en ocasiones exceden los parámetros establecidos en los copagos, no reconocimiento de beneficiarios; en fin, es en estos casos donde aparecen

las situaciones prácticas que dan origen a exigir por otros mecanismos como es la Acción de Tutela su protección y efectividad.

#### 4.2. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCION POLITICA

De manera concreta encontramos en la Constitución Política algunas normas relacionadas directa e indirectamente con el Derecho a la Salud. Su ubicación concreta es en el Título II, Capítulo 2, De los derechos sociales, económicos y culturales, derechos estos que requieren ser desarrollados por el legislador, pero con sujeción a los principios y características señalados en los artículos 48 y 49 de la CP. También hay otras normas constitucionales referidas al tema de la salud, tales como los artículos 11, 44, 45, 46, 47, 50, 52, 53, 54, 64, 79 y 80.

El artículo 48 de la CP, nos dice que “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social....”

Más adelante nos habla de la ampliación en su cobertura de manera progresiva, de quienes pueden prestar este servicio y de la protección de sus recursos.

El artículo 49 de la CP, se refiere a que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, que se organizarán de manera descentralizada y enfatiza en la obligación que toda persona tiene de cuidar su salud y la de su comunidad.

Es decir, que la constitución presenta a la salud como parte integrante de la seguridad social.

La Defensoría del Pueblo en el estudio “Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la luz del Derecho a la Salud”, dice en referencia a las normas constitucionales: “Es claro, entonces, que en las normas constitucionales la salud es entendida como parte de la seguridad social y como un servicio orientado fundamentalmente al aseguramiento de contingencias. Además de las normas constitucionales, los valores y principios constitucionales constituyen herramientas poderosas para concretar el marco de obligaciones estatales en materia de derecho a la salud en la medida en que, los primeros, fijan los fines

hacia los cuales debe orientarse la acción del Estado y la forma como deben desarrollarse las relaciones entre éste y la sociedad, y los segundos:

(...) consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez o jueza constitucional.

Entre los principios, la cláusula del Estado social de derecho es la que mejor define los objetivos hacia los cuales debe orientarse la política pública en materia de salud. Su realización exige que las autoridades públicas aseguren a la totalidad de la población estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, servicios de agua potable y saneamiento básico y, en general, de todas aquellas condiciones materiales que le permitan llevar una vida digna”

#### 4.3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Es claro que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental y que solo en la medida en que su falta de efectividad o de continuidad, afecte por conexidad derechos fundamentales, de manera que la ausencia de protección al contexto de la salud implica o conlleva a la violación, amenaza o desconocimiento de los fundamentales, es allí cuando es tomado como un derecho fundamental.

La Corte Constitucional en sus múltiples sentencias nos ha ido generando un camino orientador claro para poder entender el derecho a la salud.

En Sentencia T-597 de 1993, la Corte Constitucional nos dice que el Derecho a la Salud es un derecho prestación y genera una serie de argumentos que nos permiten entender mejor esta aproximación” Dado que se trata de un derecho de prestación, cabe preguntarse si las normas que lo consagran tienen el carácter de preceptos de imperativo e inmediato cumplimiento o si su contenido refleja un mero postulado programático cuya suerte se encuentra librada a la buena voluntad del legislador. Con base en la jurisprudencia sentada por la Corte en materia de derechos económicos, sociales y culturales y, a partir de los criterios derivados del caso concreto que se analiza, se establecen a continuación una serie de elementos teóricos que deben ser tenidos en cuenta para dar solución de manera adecuada al interrogante formulado.

a) En principio, los derechos de prestación no pueden ser protegidos a través de la acción de tutela. Sin embargo, la Corte ha sostenido que su vulneración puede ser tutelable en ciertos casos en los cuales se viola igualmente un derecho fundamental de aplicación inmediata.

b) Dicha conexidad no puede ser establecida en abstracto. Ella debe ser el resultado de un análisis detallado en el cual se ponga en relación una interpretación normativa de tipo sistemático de las normas constitucionales en juego, con un estudio detallado del caso y de sus implicaciones. En relación con este proceso de confrontación y ponderación, esta Corporación ha señalado la importancia de los hechos en la definición y solución del problema planteado. La constitución se preocupa por el hombre y por su situación concreta por encima de fórmulas o tipos ideales.

La violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata se pone en evidencia mediante una lectura de los hechos llevada a cabo a la luz de las normas constitucionales. En los derechos de prestación, en cambio, la violación se hace patente por medio de un proceso inverso en el cual el alcance y sentido de las normas se determina en buena parte mediante las circunstancias específicas del caso.

c) En esta tarea de interpretación adquiere especial importancia el juez o jueza de tutela y, en especial, la Corte Constitucional. Además de ponderar detenidamente los hechos, se impone la tarea de decantar los criterios que puedan extraerse de cada una de las normas que consagran estos derechos.

d) Los derechos constitucionales de prestación le otorgan un amplio margen de discrecionalidad a la ley para que los desarrolle, lo que debe interpretarse sin desmedro del carácter normativo de tales preceptos.

El principio de reserva de la ley en materia de derechos de prestación no puede ser interpretado de tal manera que anule el carácter normativo del derecho o que vulnere su núcleo esencial. La obligación que se deriva de la norma constitucional se sitúa en un espacio intermedio en el cual existe clara responsabilidad del legislativo, sin que ella deba ser aplicada de manera ineluctable.

El ámbito de discrecionalidad del legislador debe ser fijado constitucionalmente tanto en relación con la acción (la ley) como en relación con la omisión. En cuanto a lo primero, la constitucionalidad de la ley debe plantearse ante todo con base en su compatibilidad con el principio de igualdad, de un lado, y con los valores y principios del estado social, de otro lado.

En cuanto a la omisión, la actitud del órgano legislativo debe ser examinada dentro de límites objetivos razonables. Al respecto es necesario tener en cuenta los siguientes principios: 1) Las exigencias propias de la organización del servicio implican por lo general restricciones económicas que no pueden ser resueltas en el corto plazo y 2) la protección del derecho de un usuario no puede implicar el sacrificio del derecho de otros”

El Derecho a la Salud es visto como un derecho fundamental cuando encontramos en su violación, amenaza, deterioro o desconocimiento, tres características: 1) El derecho a la salud en conexidad con otros u otros derechos fundamentales, 2) Cuando estamos ante la necesidad de dar protección a sujetos que requieren esa especial seguridad, como es el caso de los niños, la tercera edad, los discapacitados y 3) El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo

1) Respecto de la primera característica, el derecho a la salud en conexidad con otro u otros derechos fundamentales, la Corte Constitucional en Sentencia T-748 de 2004, manifestó:

“En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha hecho énfasis en señalar que el derecho a la salud, per se, no ostenta el carácter de fundamental. Sin embargo, también ha precisado que adquiere esta calidad en los casos en que, consideradas las circunstancias concretas, éste se encuentre en conexidad con uno o varios derechos fundamentales por autonomía como lo son la vida o la integridad personal. Al respecto, esta Corporación ha expresado:

“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se occasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”<sup>21</sup>.

Adicionalmente, en este mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado:

“La prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de

---

<sup>21</sup> Sentencia T-571 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein.

acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”<sup>22</sup>.

3.2 Sobre el derecho a la vida, ha manifestado esta Corporación que éste no puede valorarse desde una perspectiva meramente formal. Ello, en razón a que la vida no sólo comprende la existencia en sí misma y la garantía para los individuos de que nadie pueda causarle la muerte como un acto de expresión de la voluntad, sino además, la subsistencia en condiciones dignas, permitiéndole a su titular alcanzar un estado de un estado de salud lo más lejano posible al sufrimiento y al dolor, de manera que pueda desarrollar plenamente su personalidad.

Es por ello que la Constitución Política protege a la persona contra las acciones u omisiones de autoridades o particulares que pongan en grave peligro su vida, es decir, que de una u otra forma puedan afectar no solo la existencia humana sino también la subsistencia sin importar el grado de afectación de esta última.

3.3 Así entendido, los derechos a la vida y a la integridad física deben interpretarse en forma omnicomprensiva, esto es, conforme al principio de dignidad humana, teniendo en cuenta los componentes de calidad de vida y condiciones de subsistencia del individuo, lo cual hace que en algunos casos su protección involucre necesariamente la protección del derecho a la salud.

3.4 Ahora bien, sobre la base de que el derecho a la salud es, en principio, un derecho prestacional, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a partir de los presupuestos señalados en la ley 100 de 1993, se ha ocupado de regular, tanto los servicios de salud que deben prestar las E.P.S. en el Plan Obligatorio -POS- a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud dentro del Régimen Contributivo, como también las limitaciones y exclusiones a tales servicios. En relación con esto último, el artículo 10 del Decreto 806 de 1998, dispone que:

“Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de

---

<sup>22</sup> Sentencia C-177 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan como objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos.”

2) Respecto de la segunda característica referida a la necesidad de dar protección a sujetos que requieren esa especial seguridad, como es el caso de los niños, la tercera edad y los discapacitados, la Corte Constitucional en Sentencia T-1067 de 2005 dijo refiriéndose a la seguridad social para los NIÑOS: “Procedencia del amparo constitucional cuando la vida e integridad personal de un menor beneficiario del SISBEN nivel I depende de la atención médica integral de su padecimiento y cuya familia se encuentra en incapacidad económica de asegurarla.

La prevalencia del principio del interés superior del niño da lugar a que en el Estado Social de Derecho tanto el desarrollo del menor como el ejercicio pleno de sus derechos sean el criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de su alcance, en atención a los postulados ampliamente desarrollados en la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales<sup>23</sup>. El siguiente es el parte pertinente que expone la Corte al respecto:

“El interés superior del niño se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Este principio reconoce los derechos prevalentes de los menores, y exige un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano en los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad”.

Así pues, la Corte ha insistido en la procedencia de la protección del derecho a la salud de los niños, en cuanto adquiere el carácter de derecho fundamental

---

<sup>23</sup> Criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

autónomo de reconocimiento expreso constitucional (C.P. art. 44), que prevalece sobre los derechos de los demás, por lo que dentro del examen para su amparo no puede insinuarse el carácter prestacional ordinario de la atención en salud y mucho menos exigir para su amparo conexidad con otros derechos fundamentales.

Esta Corporación ha sostenido que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños autoriza su protección por vía de tutela, siempre y cuando: (1) exista un atentado grave contra la salud de los menores, (2) la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (3) la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización<sup>24</sup>.

De modo que en el presente asunto, la protección constitucional es procedente para restablecer la atención integral al menor Jair Alberto, cuya afección demanda un tratamiento ininterrumpido y oportuno”

Igualmente, refiriéndose a la TERCERA EDAD, la Corte Constitucional en Sentencia T-805 de 2005, manifestó: “Procedencia excepcional de la tutela para obtener la realización de procedimientos incluidos en el POS a personas que no cumplen con los mínimos de cotización exigidos por la normativa vigente y que no tienen capacidad económica para cubrir los copagos que se les exigen”

De acuerdo con el artículo 8 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”, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) – que son las administradoras del régimen contributivo del sistema de salud - son las obligadas a suministrar a sus afiliados los servicios y prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), de conformidad con la normativa vigente. Para financiar estos servicios, la norma aludida indica que estas entidades cuentan con los siguientes ingresos: los recursos que les suministra el Sistema General de Seguridad Social en Salud por concepto de Unidad de Pago por Captación (UPC), las cuotas moderadoras que deben pagar sus usuarios o usuarias y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Estos copagos corresponden un porcentaje del costo del procedimiento o tratamiento que el usuario o usuaria requieren, equivalente al porcentaje del

---

<sup>24</sup> Citado en Sentencia T- 1067 de 2005 refiriéndose a Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

número de semanas de cotización que le hacen falta para completar el periodo mínimo que la normativa vigente exige para el suministro del servicio (parágrafo del artículo 61 ibídem). En este orden, con el fin de garantizar la estabilidad financiera del sistema de salud, es obligación de los afiliados cancelar tales porcentajes para que puedan acceder a los servicios que necesitan.<sup>25</sup>

Ahora bien, cuando los cotizantes acreditan no tener capacidad de pago para cancelar dichas sumas, según la norma en comento, ellos o sus beneficiarios tienen derecho a ser atendidos por las instituciones de la red pública de salud o por entidades privadas con las que el Estado tenga contrato para tales efectos, previo pago de la cuota de recuperación que corresponda.

No obstante, esta Corporación, con el ánimo de garantizar continuidad y eficacia en la prestación de los servicios de salud a los afiliados al régimen contributivo que acreditan su falta de capacidad de pago, ha inaplicado la normativa citada y ha ordenado a distintas EPS suministrar los tratamientos y procedimientos solicitados por estos usuarios, sin exigirles copago o cuota de recuperación alguna, con cargo a los recursos del FOSYGA, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- (i) Que la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la integridad física del afiliado; (ii) que el tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; (iii) que el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar – copago - y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie, (iv) que el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS, y (v) que debido a la urgencia con que el paciente requiere la intervención médica, éste no pueda esperar hasta que el servicio médico le sea prestado por la red pública o por las instituciones privadas que tienen contrato

---

*25 Sobre este punto, el artículo 61 del Decreto 806 de 1998 dispone:*

*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 pagadas en el último año.*

con la Administración para estos efectos, con el fin de garantizar la integralidad y continuidad en el tratamiento.<sup>26</sup>

Así, por ejemplo, en la sentencia T-016 de 1999<sup>27</sup>, al ocuparse del caso de una paciente que requería de manera urgente sesiones de quimioterapia y el suministro de un medicamento para tratar el cáncer rectal que padecía, y que no contaba con recursos económicos para cancelar el copago que su EPS le exigía - tenía a su cargo tres hijos, sólo recibía un salario mínimo mensual y su esposo estaba desempleado -, la Corte ordenó a la entidad accionada suministrar el tratamiento y el medicamento, y la autorizó a repetir contra el FOSYGA, pero sólo por el costo del copago que era obligación de la peticionaria. En este fallo, esta Corporación manifestó, a propósito de la inaplicación del artículo 61 del Decreto 806 de 1998 en este tipo de hipótesis, lo siguiente:

“En opinión de la Corte Constitucional, es indispensable hacer una distinción basado en los principios de continuidad y eficacia:

Si no está de por medio la vida, es obvio que surge la nueva opción reseñada en el decreto 806 de 1998, en el sentido de acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato, siempre y cuando no se hayan cumplido las cien semanas.

Si está de por medio la vida del paciente y la orden de un tratamiento o entrega de un medicamento la da el médico tratante, es decir el que está en relación laboral con la EPS y está atendiendo a dicho paciente, la urgencia y gravedad no exoneran a la EPS de dar el tratamiento señalado y la droga recetada, aunque no se hubieran cumplido las cien semanas. Si tratamiento y droga forman un conjunto indivisible en cuanto se requiere la una para el otro, no puede la EPS alegar que el paciente cuya vida corre peligro tenga que acudir a un procedimiento extraño e ir a reclamarle directamente al Estado. Por consiguiente, en este aspecto sigue vigente la jurisprudencia SU-480 de 1997, que, se repite, es una jurisprudencia que se aplica no solamente para los enfermos del sida.”

---

<sup>26</sup> Se pueden consultar al respecto, entre otras, las sentencias T-016 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-083 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-906 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1153 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-927 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-462 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>27</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Esta posición fue reiterada en las sentencias T-1153 de 2003<sup>28</sup>, T-927 de 2004<sup>29</sup> y T-462 de 2005<sup>30</sup>, entre otras, en las que la Corte ordenó a las EPS accionadas practicar una extracción de tumor cerebral, un cateterismo cardiaco izquierdo e implantar un marcapasos cardiaco tricameral, respectivamente, con cargo a los recursos del FOSYGA, a tutelantes que acreditaron falta de capacidad de pago. De nuevo, se observa en estos casos que la orden dirigida a las EPS buscaba garantizar continuidad y eficacia en la prestación de los servicios médicos, pues los accionantes padecían enfermedades catastróficas cuyo tratamiento no podía dar espera hasta su reclamación ante las entidades de la red pública de salud.

De no presentarse las condiciones antes establecidas, será el usuario o usuaria quien deba contribuir en el porcentaje que legalmente le corresponda, a fin de sufragar el costo de los servicios o procedimientos médicos que le han sido o le serán provistos. En caso de que éste no cuente con capacidad económica para el copago, pero su tratamiento no sea urgente, podrá acudir a la red de hospitales públicos o a las instituciones privadas contratadas por el Estado para tal fin, de conformidad con el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, o esperar a completar los períodos mínimos de cotización exigidos por la normativa vigente.

No sobra resaltar que la exigencia de los períodos mínimos de cotización constituye una excepción dentro del sistema general de salud, por cuanto éstos sólo pueden oponerse en los casos de enfermedades catalogadas como “de alto costo”<sup>31</sup>. En consecuencia, no le es dable a las EPS oponer mínimos de cotización respecto de procedimientos no catalogados como de alto costo.

En adición, cabe señalar que las EPS están en la obligación de informar a sus usuarios o usuarias las opciones que tienen en los eventos en que no cuenten con los períodos mínimos de cotización requeridos para acceder a los tratamientos médicos que necesitan, así como de prestarles toda la asistencia que necesiten si deben acudir a la red pública para solicitar el servicio.

En efecto, es claro y así la Corte Constitucional ha sostenido en varias oportunidades que es deber de las EPS y ARS, como garantes del derecho a la salud de sus afiliados, informarlos, orientarlos, apoyarlos y acompañarlos en los eventos en que demanden servicios que no se encuentren obligadas

---

28 MP: Alfredo Beltrán Sierra.

29 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

30 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

31 Sobre el tema, ver la sentencia C-112 de 1998, MP: Carlos Gaviria Díaz. En esta ocasión, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 164 y el inciso primero, parcial, del artículo 169 de la Ley 100 de 1993.

a suministrar, bien porque están excluidos del POS o del POS-S, porque no reúnen los períodos mínimos de cotización exigidos, etc.<sup>32</sup>.

Sobre este punto, esta Corporación indicó lo siguiente en la sentencia T-927 de 2004:

“Esta Corporación ha insistido en el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales, que demandan los usuarios del Sistema General de Seguridad Social de Salud, por lo que se responsabiliza de la salud de sus afiliados a las Entidades Promotoras y Administradoras de Salud y ARS, aunque no estén obligadas a prestar el servicio requerido.”

Por ejemplo, en la sentencia T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, esta Sala de Revisión concedió el amparo constitucional solicitado y ordenó, entre otros asuntos, que la ARS accionada instruyera al peticionario acerca de sus derechos como afiliado al régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, en especial, acerca del procedimiento que debía adelantar para que se le reintegrara la suma de dinero que debió pagar para que su hijo fuera dado de alta en una clínica no afiliada a la entidad, una vez superada la urgencia siquiátrica por la que fue atendido.

3) Respecto de la tercera característica, El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, la Defensoría del Pueblo en su estudio “El Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales”, manifestó: “La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En efecto, el alto tribunal preciso que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado como fundamental porque no es un derecho subjetivo. Sin embargo, “al adoptarse internamente un sistema de salud en el cual identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, 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”. Por consiguiente: Puede sostenerse que tiene naturaleza de derechos fundamentales, 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

---

<sup>32</sup> Sentencias T-927 de 2004 y Sentencia T-134 de 2002.

de 1993 y sus normas complementarias. 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 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 POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”

## 4.4. ACCESO A LOS SERVICIOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD

### 4.4.1. PLANES DE BENEFICIOS

#### a) Plan Obligatorio de Salud POS

Es el Decreto 806 de 1998, en el artículo 7, quien realmente define en qué consiste o que es este plan de beneficios para los afiliados al régimen contributivo. Se refiere a: “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.

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 y con sujeción a lo establecido en el artículo 162 de la ley 100 de 1993, se debe responder a todos los problemas de salud conforme al manual de intervenciones, actividades y procedimientos y el listado de medicamentos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social 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.

#### b) Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S

El Decreto 806 de 1998, artículo 13 define el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado: "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.

El contenido del Plan Subsidiado será definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

#### 4.4.2. FORMA DE ACceder AL POS EN EL RC

##### a) Cómo se accede?

Básicamente se accede cumpliendo los requisitos que el sistema exige en cada caso. Nos referiremos al régimen contributivo.

El sistema tiene establecido los llamados niveles de complejidad y ha establecido que para acceder a los diferentes servicios del POS, se debe primero cumplir con las actividades de consulta de medicina general o las que impliquen el llamado primer nivel de atención, exigiendo que para los demás niveles de complejidad siempre se use el denominado procedimiento de remisión.

Una vez enrolado en este ciclo un paciente determinado y que por razón de su patología requiera seguir accediendo al nivel mayor de complejidad, puede hacerlo directamente con el especialista, sin necesidad de acceder previamente al primer nivel de complejidad.

Queda exceptuado por lógicas razones el llamado AIU Atención Inicial de Urgencias.

##### b) Exclusiones y Limitaciones:

Se refiere el Decreto 806 de 1998, artículo 10 a: "Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que 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.

En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no 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.

-Respecto de exámenes médicos no POS:

La Corte Constitucional en Sentencia 1063 de 2005, refiriéndose a las exclusiones y limitaciones del POS, manifestó: "Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la práctica de exámenes médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS.

De acuerdo con el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, las limitaciones y exclusiones del plan obligatorio de salud son (i) todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tienen por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; (ii) aquellos que son considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y (iii) aquellos que no son expresamente definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con los dos numerales anteriores. En estos eventos, las EPS no están obligadas a financiar el costo de los servicios que sus usuarios o usuarias requieran, pues su obligación se circunscribe a garantizar los servicios del POS.

En consecuencia, cuando el juez o jueza de tutela constata que un tratamiento, examen o medicamento, de conformidad con las anteriores reglas, está excluido del POS, en principio no puede conceder el amparo constitucional. No obstante, esta Corporación ha señalado que la tutela procede de manera excepcional para reclamar la prestación tales prestaciones con cargo a los recursos del FOSYGA, cuando se advierta una grave vulneración del derecho

a la salud de los accionantes que puede comprometer no sólo su existencia biológica sino también su dignidad.

En tales hipótesis, siempre que se reúnan los requisitos que a continuación se enuncian y que en varias sentencias ha señalado esta Corte, el juez o jueza deberá ordenar el suministro de los servicios demandados de manera inmediata, inaplicando la normativa vigente sobre la cobertura del POS. Estos requisitos son:

“(...) En estos casos será necesario que la persona que interpone la tutela demuestre (1) que la prueba de diagnóstico, el medicamento o el tratamiento médico es necesario para conjurar la violación grave de un derecho fundamental como la vida o la integridad física de quien lo requiere; (2) que el examen diagnóstico, medicamento o tratamiento fue solicitado por el médico adscrito a la empresa de salud a la cual se encuentra afiliada la persona que lo requiere; (3) que el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el programa de salud; (4) que la persona interesada no puede financiar, ni parcial ni integralmente, el costo del tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni puede lograr la prestación del servicio o el suministro del medicamento mediante otro plan de salud.”<sup>33/34</sup>

En relación con la acreditación del último requisito, esta Corporación ha indicado que los afiliados al régimen contributivo de salud deben probar su incapacidad económica para sufragar el costo del servicio demandado, al menos de manera sumaria. Incluso, ha llegado a admitir, dando aplicación al principio de la buena fe, que tal prueba sumaria puede provenir de la sola declaración del demandante cuando la entidad demandada – normalmente la EPS – no la discute ni desvirtúa. Así, por ejemplo, en la sentencia T-906 de 2002, la Corte manifestó<sup>35</sup>:

“(...) la incapacidad económica de una persona no se demuestra exclusivamente con el balance certificado por un contador, o con la declaración de renta, o con el certificado de ingresos, pues ese hecho se puede acreditar con testimonios o con otro tipo de documentación distinta a la mencionada e, inclusive, con la sola manifestación del actor cuando no ha sido controvertida por la contraparte”.

---

33 Ver entre otras las siguientes sentencias T-007/05; T-452/01; T-214/00; T-370/98. T-058/04, T-178/02, y T-1204/00.

34 Cfr. Sentencia T-314 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 Ver también las sentencias T-113 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentaría, T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, y T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

No sobra recordar que el juez o jueza constitucional también tiene la obligación de activar sus poderes inquisitivos en materia probatoria con el objeto de determinar la situación económica de los tutelantes en casos como el que ahora se estudia.<sup>36</sup>

En resumen, las reglas probatorias en la materia pueden sintetizarse así:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (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; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le queda, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”<sup>37</sup>

En este orden de ideas, cuando una persona afiliada al régimen contributivo de salud requiera la prestación de un servicio excluido del POS y el juez constitucional que conozca del asunto advierta que él no suministro del mismo lesiona sus derechos fundamentales a una vida digna y a la salud, éste deberá ordenar la realización inmediata del tratamiento, procedimiento o intervención que se demande con cargo a los recursos del FOSYGA, siempre que estén acreditados los requisitos antes expuestos.

---

<sup>36</sup> Ver al respecto las sentencias T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda y T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

<sup>37</sup> Cfr. Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

-Respecto de medicamentos no POS:

Respecto al suministro de medicamentos no previstos en el POS, la Ley 1122 de 2007, artículo 14, literal j, aunque refiriéndose a enfermedades de alto costo, pero respecto del suministro de medicamentos no POS, que las EPS deben llevar a conocimiento del tema al Comité Técnico Científico el requerimiento de suministro de medicamentos no POS para enfermedades de alto costo. Si este procedimiento no se realiza de manera oportuna y en consecuencia de ello mediante una acción de tutela se obliga a ese suministro, los costos serán cubiertos en partes iguales entre el FOSYGA y la EPS. Este Tema será objeto de reglamentación al tenor de la misma ley.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1063 DE 2005 ya referida, pero ahora tratando el tema del suministro de medicamentos no POS, nos habla de las funciones de los comités técnico- científicos de las EPS en relación con la autorización de prestaciones no previstas en el POS: “

Según los artículos 1° y 2° de la Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones”, los comités técnico científicos son instancias administrativas de las EPS, conformadas por un representante de la EPS, un representante de la IPS y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno de ellos debe ser médico, y cuya función es “(...) atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud”. Entre estas reclamaciones se encuentra la prescripción de medicamentos esenciales no previstos en el listado de medicamentos aprobado por el CNSSS y que hacen parte de la cobertura del POS (parágrafo ibidem).

Se trata entonces de un órgano administrativo de las EPS y no de carácter técnico, encargado de “(...) asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas pre establecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”.<sup>38</sup>

Así, cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS “Por medio del cual se actualiza el Manual de

---

<sup>38</sup> Cfr. Sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones", la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición - puesto que no todos sus miembros son médicos - y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) que su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.<sup>39</sup>

De lo anterior se infiere que los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.

Sobra aclarar que estos comités sólo emiten conceptos en relación con la provisión de medicamentos no incluidos en el POS, y no sobre otros servicios también excluidos.

Cfr. Sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Ver sobre esta cuestión las sentencias T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda, y T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

Igualmente en Sentencia 748 de 2004, la Corte Constitucional respecto del tema del suministro de medicamentos no POS, digamos, recordó unas reglas para determinar la procedibilidad de la acción de tutela para estos efectos: "Así las cosas, considerando que la acción de tutela ha sido instituida para proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales, la posibilidad de que el derecho a la salud sea protegido a través de ese mecanismo de defensa judicial, depende entonces de que con su desconocimiento se amenace también uno o varios jus fundamental, de manera que surge entre ellos un vínculo causal inescindible. Para estos efectos, la jurisprudencia ha establecido las reglas que permiten determinar la procedibilidad de la mencionada acción en los siguientes términos:

"a. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a

---

<sup>39</sup> Ver sobre esta cuestión las sentencias T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda, y T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

la vida o a la integridad personal del interesado<sup>40</sup>, 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;

- b. 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;
- c. 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.).
- d. 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 demandante.”<sup>41</sup>.

#### c) Períodos Mínimos de Cotización

Son requisitos de aportes que el sistema en el régimen contributivo exige para poder tener derecho a la prestación de unos servicios que contempla el POS, catalogados como de alto costo.

Básicamente se refiere el Decreto 806 de 1998, artículo 61 a los siguientes:

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 pagadas en el último año.

---

<sup>40</sup> Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>41</sup> Citado en Sentencia T – 748 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil refiriéndose a la Sentencia Sentencia T-406 de 2001. M.P. Rodrigo escobar Gil.

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.

Sin embargo la Ley 1122 de 2007 en el artículo 14, literal h), estableció que en el Régimen Contributivo no habrá períodos de cotización o períodos de carencia superiores a 26 semanas. Igualmente previó que el tiempo de permanencia en el régimen subsidiado será tenido en cuenta para efectos del régimen contributivo en lo concerniente a los períodos de carencia o mínimos de cotización. Consideramos que esta norma rige a partir de la publicación de la ley y que la norma del Decreto 806 de 1998 ha quedado derogada.

Queda entonces pendiente de una reglamentación que habrá de referirse a que clase o grupo de enfermedades o actividades o procedimientos harán relación a ese período mínimo de 26 semanas de cotización.

A pesar de lo anterior, vigente está lo establecido en el Decreto 047 de 2000, artículo 3, respecto de los períodos mínimos de cotización la Licencia de Maternidad y el pago de las incapacidades por enfermedad general:

“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, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador o empleadora de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para

el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**PARAGRAFO.** 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”.

La Corte Constitucional en Sentencia T530/07 reafirmo su jurisprudencia en el sentido de la obligación de pagar la licencia de maternidad completa cuando la afiliada dejó de cotizar menos de dos meses y por el contrario, pagar la proporcional cuando dejó de cotizar más de dos meses frente al total que duró el período de gestación.

A su vez el Decreto 783 de 2000, artículo 9, modificó el artículo 3 del Decreto 47 de 2000 en lo relacionado con la Incapacidad por Enfermedad General, diciendo que para acceder a las prestaciones económicas, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado mínimo cuatro semanas de manera ininterrumpida y completa.

Muy presentes debemos seguir teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, porque a pesar de la morigeración o flexibilización en las semanas mínimas de cotización, lo cierto es que estas siguen y en consecuencia el problema práctico seguirá dándose.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1137 de 2005, refiriéndose a los períodos mínimos de cotización, manifestó: “

“Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio de salud, incluido en el POS, sometido a un periodo mínimo de cotización, que el afiliado no cumple, cuando (i) la falta del servicio de salud vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que no esté sometido a periodo mínimo de cotización, o que pudiendo ser sustituido, con el sustituto no se obtiene el mismo nivel de efectividad, siempre y cuando tal nivel sea necesario para proteger la vida y la integridad personal del paciente; (iii) el interesado no puede directamente costear el valor proporcional a las semanas de cotización faltantes, ni las sumas de dinero que la entidad

encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio de salud ha sido ordenado por un médico adscrito a la EPS del paciente.<sup>42</sup>

Cuando el juez o jueza de tutela, de acuerdo con los anteriores criterios, constata que la EPS encargada de garantizar la prestación del servicio de salud al paciente, ha vulnerado su derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, ordenará a dicha entidad la prestación del servicio de salud, sin perjuicio que con posterioridad al suministro del servicio, repita contra el Fosyga, por el valor que le correspondía pagar al paciente, y del que se hizo cargo la EPS.<sup>43</sup>

#### 4. En el presente caso, Saludcoop EPS desconoce el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a integridad física de la señora María Agustina

<sup>42</sup> Estos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional tanto para los casos en los que se ha formulado al paciente un servicio de salud excluido del POS, como para cuando el servicio, a pesar de estar incluido en este listado, está sometido a un periodo mínimo de cotización, que el paciente aún no cumple y no tiene la capacidad económica para pagar el porcentaje del costo del servicio correspondiente a las semanas de cotización faltantes y/o el servicio está condicionado al pago de cuotas de recuperación o copagos, frente a los cuales la persona carece de los medios económicos suficientes para hacerse cargo de éstos.

Respecto de los servicios excluidos del POS, los citados criterios fueron establecidos en tales términos, en la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud. En este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la práctica del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar (&) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlas. Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-548 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón)], sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis)].

Respecto de los criterios establecidos para determinar cuándo procede, por vía de la acción de tutela, ordenar la prestación de un servicio médico sometido a un periodo mínimo de cotización, que el paciente no cumple y que no tiene la capacidad económica suficiente para pagar el porcentaje del costo del servicio, correspondiente al número de semanas de cotización que le hacen falta, ver entre otras las siguientes sentencias: T-142 de 2004 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-797 de 2003 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-133 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-1153 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-340 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-501 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-297 de 2001 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-1130 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-236 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo) y T-876 de 1999 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

<sup>43</sup> Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-797 de 2003 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-523 de 2001 (MP: Manuel José Cepeda), T-236 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo) y T-528 de 1999 (MP: Fabio Morón Díaz).

de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales citados. Efectivamente, (i) la demora en la realización de la histerectomía abdominal total amenaza el derecho a la integridad física de la accionante;<sup>44</sup> (ii) no está probado en el expediente que este procedimiento quirúrgico pueda ser remplazado por otro que no requiera de un periodo mínimo de cotización; (iii) la accionante no puede acceder a este servicio por otro plan, distinto al POS, que la beneficie y afirma no tener la capacidad económica suficiente para cubrir el porcentaje del costo de la cirugía que le corresponde,<sup>45</sup> por no cumplir con el periodo mínimo de cotización exigido y la EPS demandada no aportó pruebas que controvirtieran esta afirmación,<sup>46</sup> y por último; (iv) la cirugía fue ordenada por su médico tratante, adscrito a la EPS demandada.

<sup>44</sup> La cirugía en mención fue ordenada a la accionante en marzo del año en curso y consiste en la extracción de su matriz. La accionante señala lo siguiente en la demanda respecto de las consecuencias que le ocasiona para su salud, la tardanza en la realización de la cirugía: (&) Yo les informé que yo no tengo la capacidad económica para sufragar esa cantidad de dinero, entonces me contestaron que esperara hasta que completara las semanas que faltaban para poder realizar la operación, siendo que según el médico ginecólogo que me está tratando es de suma urgencia realizar la operación ya que es de la única forma que el sangrado permanente que tengo pueda curarse (&) si no se me hace esa operación con la mayor brevedad posible (&) se me acorta la vida, pues corro el riesgo de contraer una anemia aguda u otra enfermedad terminal (folio 1 del cuaderno 1 del expediente).

<sup>45</sup> Para la fecha en la que le fue ordenada la cirugía (marzo 8 de 2005), la accionante afirma haber cotizado durante 7 meses a la EPS demandada (folio 1 del cuaderno 1 del expediente). Por tal razón, debía hacerse cargo del 41% del costo de la cirugía que le fue ordenada.

<sup>46</sup> 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 (esta descripción, ha sido reiterada entre otras, en la sentencia T-819 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra). A continuación se resumen las principales subreglas referentes a este tema:

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 1999 (MP: Álvaro Tafur Galvis) 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 (T-683 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett y T-906 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández).

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 (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-279 de 2002 MP: Eduardo Montealegre Lynett y T-113 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería). 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, 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 (T-260 de 2004 MP: Clara Inés Vargas Hernández, T-861 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández y T-523 de 2001 MP: Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras sentencias).

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 de los accionantes al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada (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-1120 de 2001 MP: Jaime Córdoba Triviño y T-1207 de 2001 MP: Rodrigo Escobar Gil).

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 (T-867 de 2003 MP: Manuel José Cepeda y T-861 de 2002

5. Habiendo verificado que en este caso el derecho fundamental a la salud de la accionante, en conexidad con su derecho fundamental a la integridad física fue desconocido por Saludcoop EPS, esta Sala de Revisión procederá a ordenarle a esta EPS que, en el evento que para la fecha de esta sentencia aún no le haya sido realizada a la accionante la intervención quirúrgica histerectomía abdominal total, formulada hace más de siete meses por su médico tratante, esta EPS deberá en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, previa la revisión de la señora María Agustina Pérez por parte de su médico tratante y con el concepto favorable del mismo, basado en su estado de salud actual, programar la cirugía que requiera la accionante para el tratamiento del sangrado que padece. Esta cirugía deberá realizarse a más tardar dentro de los quince días calendario siguientes a la notificación de la sentencia, salvo que por razones de salud de la accionante, su médico tratante considere pertinente posponer por más días la práctica de la misma.

En el evento de que para la fecha en la que se realice la cirugía, la accionante no haya cumplido con las semanas de cotización requeridas,<sup>47</sup> Saludcoop EPS estará facultada para repetir contra el Fosyga, por el porcentaje equivalente a las semanas de cotización que le hicieren falta a la señora María Agustina Herrera para acceder a los servicios médicos que requiera para el tratamiento de su enfermedad”.

El Decreto 806 de 1998, artículo 62, trata el tema de las Excepciones a los períodos mínimos de cotización, diciendo:

Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad, que se hagan en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también la atención inicial de urgencia.

En ningún caso podrá aplicarse períodos 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 registrar los datos del recién nacido en el formulario correspondiente.

---

MP: Clara Inés Vargas Hernández), 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.

<sup>47</sup> Citado en Sentencia 1137 de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa refiriéndose a datos particulares del caso.

Un aspecto importante es lo referente a las causales de pérdida de antigüedad, a lo cual también se refiere el Decreto 806 en el artículo 64:

"Los afiliados pierden la antigüedad acumulada en los siguientes casos:

- a. 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.
- b. Cuando un afiliado se reporte como empleador o empleadora sin realmente serlo o cuando es reportado, a sabiendas, con salarios inferiores al real. Para este efecto bastará la prueba sumaria.
- c. Cuando un afiliado cotizante se afilie al Régimen Subsidiado sin tener el derecho correspondiente.
- e. Cuando un trabajador independiente a través de actos simulados pretenda cotizar como trabajador dependiente, creando una vinculación laboral inexistente para todos los efectos legales.
- f. Cuando se suspende la cotización al Sistema por seis o más meses continuos.
- g. Cuando el afiliado cotizante o beneficiario incurra en alguna de las siguientes conductas abusivas o de mala fe: 1) solicitar u obtener para sí o para un tercero, por cualquier medio, servicios o medicamentos que no sean necesarios; 2) solicitar u obtener la prestación de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud a personas que legalmente no tengan derecho a ellos; 3) suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa, incompleta o engañosa; 4) 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".

#### d) Copagos y Cuotas Moderadoras:

Se refiere a pagos que se deben hacer al sistema para acceder a los beneficios que el mismo consagra.

Para el régimen subsidiado, la Ley 1122 de 2007, artículo 14, literal g., previó: "No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen

Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del SISBEN o en el instrumento que lo reemplace".

Esta clase de pagos o contribuciones especiales son fijadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, mediante acuerdos en los cuales señala las condiciones y formas como estos pagos aplican. Se ha tenido en cuenta para tal efecto los niveles de ingreso de los afiliados en el régimen contributivo y de igual manera ha actuado en relación con régimen subsidiado. Su fin es la racionalización en el uso del servicio y contribuir en el costo del POS y POS-S por las razones que se explican a continuación.

La Ley 100 de 1993 en sus artículos 164 y 187 se refirió a este tema y en concreto dijo que para cierta clase de atenciones médicas se podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización y que en el evento de no acreditarse el cumplimiento de esos períodos mínimos, se requerirá un pago por parte del usuario o usuaria, de acuerdo con su capacidad socio económica. Igualmente, manifestó que los afiliados y beneficiarios del sistema de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Corresponde al CNSSS establecer como ya lo dijimos estos pagos y sus procedimientos especiales.

Estos recaudos como lo dice la misma norma son recursos para las EPS, aunque el CNSSS podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de promoción de salud del FOSYGA.

El Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS es el contexto normativo vigente referente al régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Es decir, para los regímenes contributivo y subsidiado.

Énfasis debemos hacer en los principios básicos para la aplicación de estos pagos, tales como: EQUIDAD, INFORMACION AL USUARIO, APLICACIÓN GENERAL, NO SIMULTANEIDAD.

La regla general es que las cuotas moderadoras aplican para afiliados cotizantes y beneficiarios, mientras que los copagos solo aplican a los afiliados beneficiarios.

Para esta clase de pagos el sistema ha determinado un INGRESO BASE, el cual está determinado por el IBC del cotizante, permitiendo en el evento de existir en el grupo familiar más de un cotizante, tomar para estos efectos, el menor ingreso declarado.

Para el régimen subsidiado técnicamente estos pagos se llaman CONTRIBUCIONES, quedando claro que respecto de la población indígena, indigentes verificados y el nivel 1 del SISBEN o el instrumento que lo reemplace, no habrá copagos ni cuotas moderadoras.

En cuanto a los servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras, copagos, los artículos 6 y 7 del Acuerdo 260 de 2004, nos informan cuales son. Debemos dejar claro que respecto de los copagos estos no aplican en los siguientes casos:

- Servicios de promoción y prevención
- Programas de control en atención materno infantil
- Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles
- Enfermedades catastróficas o de alto costo
- La atención inicial de urgencias
- Los servicios a los que se les aplica las cuotas moderadoras

En lo demás y para una mejor ilustración es recomendable remitirnos al texto del Acuerdo 260 para su consulta oportuna.

La Corte Constitucional respecto de este tema se ha pronunciado en varias ocasiones. En Sentencia T-411 de 2003 manifestó: "De lo expuesto se infiere que en materia de pagos moderadores la situación legal vigente es la siguiente:

- La regla general es que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores (Ley 100 de 1993, artículo 187). Como puede advertirse, esta regla general no se aplica a la población vinculada sino únicamente a la población afiliada, ya sea mediante el régimen contributivo o mediante el régimen subsidiado. Los afiliados mediante este último régimen pagan un porcentaje de acuerdo al nivel en el que hayan sido clasificados.

- No obstante que el legislador consagró esa regla general, manifestó expresamente que los pagos moderadores no podían concebirse como "barreras de acceso para los más pobres". Es decir, la misma ley prevé que, en situaciones extremas, la imposibilidad de cumplir los pagos moderadores no puede conducir a la no prestación del servicio de seguridad social en salud.

- La regla general de los pagos moderadores tiene varias excepciones y entre ellas se encuentran las enfermedades catastróficas o de alto costo, evento en el cual no se aplican copagos a los servicios contenidos en el POS (Acuerdo 30 de 1996 del CNSSS, artículo 7).
- Los pagos moderadores de la población no afiliada se regulan por un régimen diferente (Decreto 2357 de 1995, artículo 18). De acuerdo con éste, para la población indígena e indigente no existen cuotas de recuperación. Y para la población no afiliada, tales pagos equivalen al 5% o al 10%, según se trate de personas identificadas en el nivel 1 o 2 del Sisben. De acuerdo con tal decreto, los pagos no pueden exceder de uno o dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, respectivamente, por evento. No obstante, el monto del pago fue luego disminuido por el CNSSS a una cuarta parte o a la mitad de un salario mínimo mensual legal, de acuerdo con el nivel del afiliado.
- Esa regla general de los pagos moderadores de la población no afiliada no tiene excepciones y de allí por qué ellos se apliquen aún en aquellos eventos en que se prestan los servicios contenidos en el POS a personas vinculadas afectadas por enfermedades catastróficas o de alto costo.

5. En tal contexto, no se discute que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable<sup>48</sup>. A ello obedecen los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo de los afiliados tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado. Tales copagos y cuotas impuestos por la ley y avalados por esta Corporación, son legítimos.

No obstante, existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de tales copagos y cuotas para no vulnerar tales derechos. De allí que la misma ley, por ejemplo, haya considerado que en ninguna circunstancia los pagos moderadores puedan convertirse en barreras de acceso que impidan

---

48. 48. Citado en Sentencia T- 411 de 2003, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño refiriéndose: *La Corte ya en dos oportunidades ha declarado la exequibilidad de normas legales que consagran cuotas moderadoras y copagos. En la Sentencia C-089-98 declaró la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 352 de 1997 que consagra pagos compartidos y cuotas moderadoras para los beneficiarios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Y en la Sentencia C-542-98 declaró la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, que consagra pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles aplicables a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud. No obstante, en los dos pronunciamientos la declaratoria de exequibilidad se condicionó en el sentido que 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 el afiliado, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes. En tales pronunciamientos se destacó que la finalidad con que el legislador consagró tales pagos, racionalizar el uso del sistema y contribuir a su financiación, eran compatible con el Texto Superior.*

la prestación del servicio de seguridad social en salud a los más pobres<sup>49</sup>. De la misma manera, atendiendo las connotaciones de las enfermedades catalogadas como de interés en salud pública, el Consejo Superior de Seguridad Social en Salud excluyó de copagos y cuotas moderadoras a los afiliados al sistema afectados por enfermedades ruinosas, entre las que se incluyó al sida<sup>50</sup>.

El problema se presenta con el distinto tratamiento que en esa misma materia se les da a las personas vinculadas al sistema de seguridad social en salud pues éstas, aún cuando se trate de enfermedades ruinosas como el sida, están obligadas a pagar cuotas de recuperación.

Luego, lo discutible no es la razón de ser de tales copagos y cuotas moderadoras pues se trata de instituciones legítimas, que realizan el principio de solidaridad y que contribuyen a viabilizar el sistema. Lo discutible es el distinto tratamiento que se les da a los vinculados al sistema de seguridad social afectados por enfermedades ruinosas en relación con los afiliados a él.

Para los afiliados existe fundamento para los pagos moderadores, éstos han sido consagrados legalmente y desarrollados administrativamente y existe también una exclusión de enfermedades catastróficas entre las que se encuentra el sida. Para los vinculados, en cambio, existe fundamento legal y desarrollo administrativo pero no una exclusión de enfermedades catastróficas. Surge, entonces, un tratamiento diferenciado entre los dos regímenes”.

En La Sentencia T-038 de 2005 la Corte Constitucional respecto del cobro de copagos respetando los límites anuales y por evento, manifestó: “En las normas que reglamentaron la Ley 100 de 1993, se estableció el cobro de copagos, a los beneficiarios del régimen contributivo de salud, por el suministro de servicios médicos incluidos en el POS (Art. 187 de la Ley 100 de 1993, Art. 8 del Decreto 806 de 1998 y Art. 2 del Acuerdo 260 de 2004). La reglamentación exceptuó algunos servicios médicos específicos de este cobro (Art. 7 del Acuerdo 260 de 2004).

En el caso objeto revisión, alega el accionante que Humanavivir S.A. EPS le cobró por el suministro del material de osteosíntesis, un copago contrario a las normas vigentes, porque según él, no se tuvo en cuenta la exención establecida para las intervenciones quirúrgicas de nivel IV del Maipos, y porque en todo caso, desconocía los límites anuales y por evento, para el cobro de copagos.

<sup>49</sup>

50 *Sentencia T-411 de 2003, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño.*

Al respecto, se debe aclarar que el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004<sup>51</sup> del CNSSS, no 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 atención (v.gr. urgencia, programas de control en atención de enfermedades transmisibles) y el tipo de programa (atención materno infantil).<sup>52</sup>

De la revisión del listado de servicios excluidos del cobro de copago, se concluye que eventualmente la artrodesis posterior de columna con instrumentación que requiere Rachel Marie podría encuadrar en el criterio referente a la atención de enfermedades catastróficas.

Estas se encuentran definidas en el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 (Maipos) y a continuación se enuncian: a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, b) diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de cornea, 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.

De la revisión de las normas que regulan la exención del pago de copagos y las que definen cuáles son las enfermedades catastróficas, se concluye que en el evento en el que la escoliosis que sufre la menor Rachel Marie sea de origen congénito, el tratamiento quirúrgico para su corrección será tenido en cuenta como una enfermedad ruinosa o catastrófica, y en esta medida, estará exento del pago de copago, junto con los elementos que se empleen en el mismo. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el concepto del médico

---

<sup>51</sup> En el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 se 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 y los servicios enunciados en el artículo 6 del Acuerdo, que son los servicios sujetos al pago de cuota moderadora.

<sup>52</sup> 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.

tratante de la menor, el doctor Fernando I. Jimeno, respecto a si la escoliosis que padece es o no de origen congénito.

En el evento en el que la escoliosis que padece Rachel Marie no sea de origen congénito, Humanavir S.A. EPS podrá cobrarle al accionante por concepto de copago, el porcentaje señalado en los artículos 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, atendiendo al ingreso base de cotización del accionante<sup>53</sup> y a los límites anuales<sup>54</sup> y por evento<sup>55</sup> establecidos en el mencionado Acuerdo.

También en Sentencia T-036 de 2006 la Corte Constitucional reiteró:

*"Exigencia de cuotas moderadoras y pagos compartidos o copagos. Protección prevalente de los derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia.*

Entre los instrumentos previstos por la ley para la conservación del equilibrio financiero como presupuesto necesario para el cumplimiento de los principios de eficacia y universalidad que informan el Sistema General de Seguridad Social en Salud (Art. 48 C.P.), se encuentra la asunción de pagos compartidos, cuotas moderadoras y copagos a cargo de los afiliados y beneficiarios. En este sentido, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 estableció: "Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados 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. En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre. Tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. (...)"

---

53 En el folio 30 del expediente reposa copia del pago de la cotización del mes de junio de 2004 del señor Dubberly. En esta figura un ingreso base de cotización de \$716.000 pesos (2 salarios mínimos legales).

54 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.

55 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 parágrafo 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.

No obstante, la norma en cita, fue declarada exequible (sentencia C-542 de 1998) en el entendido de que si el usuario o usuaria del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras 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.

En este orden de ideas, y como ya se anotó, entre los instrumentos con que cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud para garantizar su viabilidad y equilibrio financiero se encuentran las cuotas moderadoras y los denominados “copagos”. Las primeras constituyen un mecanismo que tiene por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, de esta manera se busca la racionalización del servicio frenando el consumo innecesario. De otro lado el pago compartido o “copago” es un instrumento mediante el cual el sistema paga una parte del valor del servicio requerido y el usuario o usuaria asume la otra, y tiene como finalidad que éste contribuya al financiamiento del sistema. Es de aclarar que, en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud los afiliados cotizantes y sus beneficiarios se encuentran sujetos al cobro de cuotas moderadoras, no sucediendo lo mismo con los copagos, que únicamente se cobran por los servicios requeridos por los usuarios o usuarias que se encuentran afiliados en calidad de beneficiarios.

Con todo, en aplicación del principio de equidad, el Acuerdo 260 de 2004<sup>56</sup> del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud reitera la directriz trazada por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su

---

<sup>56</sup> “(..) Artículo 1º Cuotas moderadoras 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.

Artículo 2º Copagos. 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.

Artículo 3º. Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.

Parágrafo. De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes.

Artículo 4º. Ingreso base para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Si existe más de un cotizante por núcleo familiar se considerará como base para el cálculo de las cuotas moderadoras y copagos, el menor ingreso declarado.”

riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales<sup>57</sup>.

Sobre este asunto, esta Corporación ha reiterado que, en situaciones extremas, la imposibilidad de cumplir con la cancelación de estos dineros no puede conducir a la negación de la prestación del servicio de seguridad social en salud. En este sentido, en la sentencia T-328 de 1998<sup>58</sup> esta Corte sostuvo:

“El conflicto se presenta cuando aquellos que 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 los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos 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”.

Así las cosas, es dable concluir que aunque las disposiciones que prevén el cobro de cuotas moderadoras y pagos compartidos son necesarias para la sustentación del sistema y están aceptadas por esta Corporación, ellas no pueden convertirse en una barrera para que las personas que no cuentan con los recursos económicos para cubrirlas puedan recibir un tratamiento médico, de tal manera que de existir una controversia alrededor de este asunto, ésta debe dirimirse a favor de la protección de los Derechos fundamentales. Lo anterior adquiere mayor importancia, como se verá en concreto frente a las circunstancias del caso revisado si el afectado con la decisión de la entidad prestadora de servicios de salud es un menor, pues para su caso, el derecho a la salud es de naturaleza fundamental y, por tanto, es procedente su protección a través del amparo constitucional no sólo en los eventos en que se afecten

---

57 Sentencia T-946 de 2005, MP: Jaime Araujo Rentería.

58 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

de forma grave los derechos a la vida y a la integridad física, sino también cuando se compruebe que, a raíz de la falta de atención médica, se impide el mantenimiento de adecuadas condiciones biológicas o psíquicas del niño”

#### 4.5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Aj

*Sentencia T-497 de 1997:*

##### *ENFERMEDADES NO INCLUIDAS.*

*“Esta corporación ha reiterado, que, de acuerdo con el principio de la buena fe, la Empresa Prestadora de Salud, atenderá lo referente a todas las enfermedades no incluidas en la lista de preexistencias que firma el afiliado junto con el contrato. Así, el afiliado da la seguridad a la empresa de no solicitar tratamiento por algunas enfermedades que padece al momento de firmar su contrato de afiliación; consigna los padecimientos que conoce, y no le pueden ser oponibles aquellos de los cuales no tiene noticia, máxime cuando la EPS, que es la interesada en limitar la cobertura, no efectúa un examen médico de ingreso para verificar el estado de salud del paciente”.*

*“La Constitución Política consagra la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado. Él debe organizar la prestación de estos servicios, y es así como en este momento existen leyes que contienen el esquema de funcionamiento y los límites de este sector. Las EPS son importantes factores de este proceso, pues tienen a su cargo la aplicación de los planes que deciden cubrir. No quiere decir esto que deban abarcar el costo completo de todas las intervenciones que requieren sus afiliados, pero sí que deben actuar de manera que no dejen desprotegidos los casos más graves”.*

*“Esta corporación ha reiterado, que, de acuerdo con el principio de la buena fe, la Empresa Prestadora de Salud, atenderá lo referente a todas las enfermedades no incluidas en la lista de preexistencias que firma el afiliado junto con el contrato.*

*Así, el afiliado da la seguridad a la empresa de no solicitar tratamiento por algunas enfermedades que padece al momento de firmar su contrato de afiliación; consigna los padecimientos que conoce, y no le pueden ser oponibles aquellos de los cuales no tiene noticia, máxime cuando la*

Aj

*EPS, que es la interesada en limitar la cobertura, no efectúa un examen médico de ingreso para verificar el estado de salud del paciente.*

*En este caso, la entidad no se podría escudar para no prestar el servicio, en el hecho de que el cáncer que padece el señor Leones Catalán fuera anterior a la firma del contrato. Ninguna de las dos partes era consciente de tal enfermedad, y la empresa no practicó el correspondiente examen médico para verificar el estado de salud de su nuevo afiliado.*

*De la misma manera, la entidad debe especificar en el contrato las cláusulas donde consten los períodos mínimos de cotización que le serán oponibles al afiliado, para que él sepa con qué garantías cuenta".*

*Sentencia T-350 de 2003:*

#### **DERECHO A LA SALUD DEL MENOR.**

*"La aplicación del deber de solidaridad no es absoluto. Existen situaciones en que la entidad prestadora se niega a suministrar los medios para que el paciente acceda al tratamiento, del cual depende la recuperación de su estado de salud y, a la vez, se comprueba de forma objetiva que tanto el usuario como su familia carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del transporte. En estas circunstancias se abre la posibilidad que sea el Estado quien financie el traslado, bien por sí mismo o a través de las entidades que prestan el servicio público de atención en salud, ya que, de no garantizarse el traslado del paciente, se vulnerarían sus derechos fundamentales al privarlo, en la práctica, de los procedimientos requeridos, cuando de estos depende la conservación de su integridad física y el mantenimiento de la vida en condiciones dignas. ¿Quién asume la financiación del traslado del acompañante que requiere el menor de edad en sus traslados al centro asistencial para recibir la atención médica requerida?. La Sala considera que el principal obligado a esta prestación es la familia del menor con base en (i) el principio de solidaridad antes descrito, (ii) el deber que el artículo 44 Superior le impone frente a la asistencia del niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, y, (iii) las previsiones sobre obligaciones alimentarias descritas en la ley; por lo que el Estado sólo estaría llamado a asumir el costo derivado del traslado del menor de forma subsidiaria, bajo el cumplimiento de determinados requisitos".*

Aj

*“Con todo, de conformidad con el artículo 44 de la Carta, cuando el titular del derecho a la salud es un menor de edad, cambia su carácter prestacional para tornarse en un derecho fundamental de aplicación inmediata y, como consecuencia de ello, es posible su amparo constitucional sin que medie la exigencia de conexidad anotada. La jurisprudencia de esta Corporación ha interpretado esta disposición del Estatuto Superior deduciendo la existencia del principio *pro infans*, entendido como la preeminencia de los derechos de los niños como objetivo básico de toda la actuación del Estado e, incluso de los particulares, con base en la relación de subordinación impuesta por el inciso 3º del artículo citado. Con base en lo anterior, es forzoso concluir que la protección del derecho fundamental a la atención en salud es una prerrogativa exigible ante el juez de tutela, quien deberá otorgar el amparo en cada caso concreto donde se acredite su afectación.*

*Además de las previsiones contenidas en el artículo 44, existen normas del derecho internacional de los derechos humanos que, al integrar el bloque de constitucionalidad en la materia (Art. 93 inciso 1º C.P.), son vinculantes en el análisis de la procedencia del amparo. En efecto, el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, reconoce “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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.*

*Sentencia T-748 de 2004:*

#### *DERECHO A LA SALUD DE LA PERSONA DE LA TERCERA EDAD. Entrega de medicamento excluido.*

*“En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha hecho énfasis en señalar que el derecho a la salud, per se, no ostenta el carácter de fundamental. Sin embargo, también ha precisado que adquiere esta calidad en los casos en que, consideradas las circunstancias concretas, éste se encuentre en conexidad con uno o varios derechos fundamentales por autonomía como lo son la vida o la integridad personal. Al respecto, esta Corporación ha expresado:*

*“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación*

Aj

*con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se occasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida".*

*Adicionalmente, en este mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado:*

*"La prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal".*

*Sentencia T-805 de 2005:*

#### *DERECHO A LA SALUD. Práctica de cirugía.*

*"Procedencia excepcional de la tutela para obtener la realización de procedimientos incluidos en el POS a personas que no cumplen con los mínimos de cotización exigidos por la normativa vigente y que no tienen capacidad económica para cubrir los copagos que se les exigen*

*De acuerdo con el artículo 8 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", las Entidades Promotoras de Salud (EPS) – que son las administradoras del régimen contributivo del sistema de salud - son las obligadas a suministrar a sus afiliados los servicios y prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), de conformidad con la normativa vigente. Para financiar estos servicios, la norma aludida indica que estas entidades cuentan con los siguientes ingresos: los recursos que les suministra el Sistema General de Seguridad Social en Salud por concepto*

Aj

*de Unidad de Pago por Captación (UPC), las cuotas moderadoras que deben pagar sus usuarios y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.*

*Estos copagos corresponden un porcentaje del costo del procedimiento o tratamiento que el usuario requiere equivalente al porcentaje del número de semanas de cotización que le hacen falta para completar el periodo mínimo que la normativa vigente exige para el suministro del servicio (parágrafo del artículo 61 ibidem). En este orden, con el fin de garantizar la estabilidad financiera del sistema de salud, es obligación de los afiliados cancelar tales porcentajes para que puedan acceder a los servicios que necesitan.*

*Ahora bien, cuando los cotizantes acreditan no tener capacidad de pago para cancelar dichas sumas, según la norma en comento, ellos o sus beneficiarios tienen derecho a ser atendidos por las instituciones de la red pública de salud o por entidades privadas con las que el Estado tenga contrato para tales efectos, previo pago de la cuota de recuperación que corresponda.*

*No obstante, esta Corporación, con el ánimo de garantizar continuidad y eficacia en la prestación de los servicios de salud a los afiliados al régimen contributivo que acreditan su falta de capacidad de pago, ha inaplicado la normativa citada y ha ordenado a distintas EPS suministrar los tratamientos y procedimientos solicitados por estos usuarios, sin exigirles copago o cuota de recuperación alguna, con cargo a los recursos del FOSYGA, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:*

*(i) Que la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la integridad física del afiliado; (ii) que el tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; (iii) que el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar – copago - y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie, (iv) que el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS, y (v) que debido a la urgencia con que el paciente requiere la intervención médica, éste no pueda esperar hasta que el servicio médico le sea prestado por la red pública o por las instituciones privadas que tienen contrato con la Administración para estos efectos, con el fin de garantizar la integralidad y continuidad en el tratamiento.”*

Aj

*Sentencia T-025 de 2006:*

*PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. Listado de medicamentos desactualizado.*

*“Cuando empezó a regir el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es decir en el año de 1994, se contempló un listado oficial de medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Sin embargo, desde esa fecha éste Sistema, no ha gozado de grandes actualizaciones, siendo evidente que con el paso del tiempo, la experiencia y los casos presentados han demostrado que hay muchos medicamentos necesarios para el tratamiento de enfermedades ruinosas, catastróficas, de niños, y de personas de la tercera edad que están por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Hecho que hace que el afiliado o beneficiario, deba esperar su autorización, cubrir un porcentaje, o acudir a la acción de tutela porque sus escasos recursos económicos no le permiten adquirir los medicamentos o procedimientos necesarios para el tratamiento de la enfermedad que lo aqueja. Para esta Sala de revisión, no puede aplicarse con rigidez lo dispuesto en el Plan Obligatorio de Salud, pues además de que su listado oficial está desactualizado, en algunas circunstancias, su aplicación causa un perjuicio a quien requiere de procedimientos no incluidos en el Plan, a tal punto de desconocer sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la dignidad”.*

*“Sobre el particular, esta misma Sala de Revisión, en la sentencia T-742 de 2005 dijo que:*

*“el Estado es el responsable de organizar, dirigir, vigilar, controlar y reglamentar la prestación de los servicios de salud de los habitantes de Colombia (art. 49 de la Carta), con las limitaciones fiscales que la Constitución reconoce, al señalar en el artículo 48 que el Estado ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social. Esto implica que el Estado, a través de las instituciones encargadas de atender integralmente los requerimientos de salud de las personas, debe actualizar en forma permanente los manuales de medicamentos, tratamientos y exámenes incluidos o excluidos del POS porque, de lo contrario, dependiendo de la situación, se puede estar ante el desconocimiento de los derechos fundamentales de quienes requieren tales servicios.*

*Esto significa que los avances científicos que impliquen menos traumas para el paciente en su realización, si está generalizada su práctica, deben*

Aj

*ser tenidos en cuenta para ser incorporados en el POS, facilitando que todas las personas tengan acceso a tales avances, cuando las condiciones de salud así lo precisen.*

*En otras palabras, los órganos encargados de la prestación del servicio de salud no pueden quedarse indiferentes ante los nuevos descubrimientos que precisamente por ser nuevos, no están contemplados en manuales dictados hace más de 11 años, como ocurre con el Decreto 5261 de 1994 “Por el cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud”, manual en que se basa la negativa de la EPS Humanavivir para no autorizar el examen objeto de esta tutela.*

*Para la Corte, si no hay oportuna actualización en esta materia, las EPS, con el argumento de que lo requerido por el paciente no está en el manual, pueden legalmente negar autorizaciones como la que originó esta acción de tutela. Sin embargo, de subsistir esta situación, en el mediano o en el largo plazo, las EPS podrán abstenerse de atender numerosos procedimientos y exámenes médicos que incorporen nueva tecnología, pues, obviamente, en el manual del POS en mención no aparecerán, por la sencilla razón de que no existían cuando el manual se dictó”.*

#### 4.6. ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

Ap

- a) *Qué es la Acción de Tutela?*
- b) *Qué es lo que se persigue con la acción de tutela?*
- c) *Porque cree usted que respecto del sistema de seguridad social en salud es el gran volumen de la acción d tutela?*
- d) *Que podríamos hacer para corregir dicha situación?*

#### 4.7. AUTOEVALUACION

Ae

a) Carlos Pérez García, quien ahora tiene cinco (5) años, desde su nacimiento padece una enfermedad congénita y sin pronóstico favorable de curación, requiriendo tratamiento de por vida.

*La EPS a la cual está afiliado su padre le niega la prestación de los servicios médicos.*

*Se pregunta, si es válida la posición asumida por la EPS, cuáles son los alcances de la protección cuando se trata de un menor de edad y cuál es el alcance del concepto curación.*

b) Jairo Gracia Cuello, menor de edad, beneficiario en el régimen subsidiado en salud, padece una enfermedad catastrófica y ruinosa y requiere para su mejor atención ser trasladado a un hospital de nivel IV de atención.

*¿La ARS puede negar esta solicitud aduciendo que no tiene contrato con el hospital existente en esa ciudad y que es del nivel que se necesita? ¿Puede la ARS cobrar copagos a la titular del contrato por los servicios médicos que requiere su hijo?*

c) Qué sucede cuando un afiliado a una EPS solicita que a uno de sus beneficiarios se les suministren los medicamentos requeridos, así sean no POS y se le dé cobertura integral en la prestación del servicio, argumentando su insolvencia económica?

*¿Cómo debe entenderse la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida? ¿Debe la EPS atenerse sólo a lo que dice el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del POS? ¿En qué circunstancias la EPS no puede negarse a brindar el tratamiento integral y total que requiere la persona beneficiaria? ¿Puede recobrar la EPS los costos que causan estas atenciones, que incluyen medicamentos no POS y tratamiento integral ordenado?*

d) María Lancheros, de 30 años de edad, padece el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y debe recibir antiretrovirales y otros medicamentos para poder soportar su enfermedad y tener mejor calidad de vida digna.

**Ae**

*No pertenece al régimen contributivo ni subsidiado y acude en búsqueda de la prestación del servicio médico en condición de vinculada al sistema de salud ya que además está clasificada en el nivel 2 del SISBEN.*

*Por ser vinculada se le cobra un copago del 10% por concepto de medicamentos, servicios médicos y otros. Las dudas que surgen son las siguientes:*

*¿Cuáles son las clases de participantes en el sistema general de seguridad social en salud? ¿Cómo opera el mecanismo de copagos y cuotas moderadoras para acceder a los servicios? ¿Existen excepciones para no hacer copagos o pagar cuotas moderadoras en determinadas clases de enfermedades? ¿Existe vulneración al principio de la igualdad al exigírselle a la vinculada el copago para el suministro de medicamentos, siendo portadora del virus ya mencionado?*

*¿Qué sucede cuando un afiliado al régimen contributivo requiere la prestación de servicios médicos necesarios e inmediatos porque su estado de salud así lo amerita, aunque no se trate de una enfermedad catastrófica, ni ruinosa, pero no tiene las semanas mínimas de cotización y tampoco tiene capacidad económica para hacer copagos?*

*¿Qué mecanismo tiene para hacer valer su derecho a que le sean prestados los servicios médicos? ¿Cómo hacen las entidades del sistema (EPS) para, en el evento en que les crespo*

#### 4.8. BIBLIOGRAFÍA

**B**

ARENAS Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: Legis, 2006.

Defensoría del Pueblo. *El Derecho a la Salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Edición Esteban Restrepo Saldarriaga, Bogotá 2003.

Defensoría del Pueblo. *Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la luz del Derecho a la Salud*. Bogotá 2006.



**Impreso en los talleres de  
Grafi-Impacto Ltda.  
Diciembre de 2007**