



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 1 de 119

BOLETIN JURIDICO No. 2 2013

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



TABLA DE CONTENIDO

<u>Jurisprudencia</u>	3
<u>Sentencias de la Corte Constitucional</u>	4
<u>Sentencia C - 543 de 2007</u>	5
<u>Sentencia C – 262 de 2013</u>	27
<u>Normativa</u>	69
<u>Decretos</u>	70
<u>Decreto 1921 de 2013</u>	71
<u>Decreto 1095 de 2013</u>	74
<u>Decreto 249 de 2013</u>	76
<u>Resoluciones</u>	78
<u>Resolución 1552 de 2013</u>	79
<u>Resolución 3489 de 2013</u>	82
<u>Circulares</u>	84
<u>Circular 34 de 2013</u>	85
<u>Conceptos Jurídicos</u>	90
<u>Aportes a la seguridad social en convenios de pasantía</u>	91
<u>Otorgamiento de licencia de maternidad e incapacidad simultánea</u>	94
<u>Cobro de medicamentos anestésicos</u>	97
<u>Pago de licencia de maternidad cuando se ha solicitado una licencia no remunerada</u>	99
<u>Afiliación simultánea a un régimen de excepción y al Sistema General de Seguridad Social en Salud</u>	103
<u>Término para asignar citas médicas</u>	106
<u>Aplicación del Art. 121 del Decreto Ley 0019 de 2012</u>	109
<u>Pago de incapacidades</u>	112
<u>Período del representante de las alianzas o asociaciones de usuarios en la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado del II Nivel de Atención</u>	114
<u>Norma que obliga a los municipios a contratar promotores de salud</u>	117



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 3 de 119

JURISPRUDENCIA



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 4 de 119

I. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.



1.1 SENTENCIA C-543/07

Referencia: expediente D-6594

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 227 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo

Magistrado Ponente:

Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de julio dos mil siete (2007)

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad establecida en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Pedro Pablo Camargo solicitó ante esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad de artículo 227 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

Mediante auto del dieciocho (18) de diciembre del dos mil seis (2006), el Magistrado Sustanciador admitió la demanda en relación con los cargos por la supuesta violación de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y la rechazó respecto de la acusación por la presunta violación al artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este mismo auto, el Magistrado Sustanciador dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, así como al Ministro de la Protección Social y a la Defensoría del Pueblo a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

A través de escrito presentado a esta Corporación el dieciséis (16) de enero de 2007, el actor interpuso recurso de súplica contra el rechazo parcial de la demanda en lo referente al cargo por la supuesta violación del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mediante Auto 034 del diecisiete (17) de febrero de 2007, la Sala Plena de la Corporación confirmó el Auto del dieciocho (18) de diciembre del dos mil seis (2006).



Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos, previo el concepto rendido por el Procurador General de la Nación, la Corte procede a decidir sobre las pretensiones de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial 30694 del 23 de diciembre de 1961 página 840, cuyo texto es el siguiente. Se subraya lo demandado.

"Ley 141 de 1961

Código Sustantivo del Trabajo

(...)

TITULO VIII

Prestaciones patronales comunes

(...)

CAPITULO III

Auxilio monetario por enfermedad no profesional

(...)

Artículo 227. Valor del Auxilio. *En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.*

(...)"

III. LA DEMANDA

El demandante Pedro Pablo Camargo solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable del artículo 227 (parcial) de la Ley "por la cual se expide el Código Sustantivo del Trabajo", por cuanto considera que éste vulnera los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Afirma que las expresiones "*así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante*", contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo referente al auxilio monetario por enfermedad no profesional, desconocen el derecho a la igualdad, toda vez que establecen un tratamiento diferente del que se otorga al "*trabajador en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad profesional*", a quien "*se le reconoce el derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento*



ochenta días de su salario". Para el actor es evidente que el trabajador afectado por una enfermedad no profesional "se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta por su condición física de enfermedad y, en consecuencia no se puede reducir su salario a las dos terceras partes durante los noventa días y la mitad del salario por el tiempo restante, sin quebrantar el derecho a la igualdad, pues esa discriminación equivale a una desprotección al trabajador en su salario durante el tiempo de su enfermedad no profesional".

En igual sentido, considera que las expresiones acusadas violan el artículo 53 superior, pues desconocen que el trabajador tiene derecho al pago de una remuneración mínima, vital y móvil, lo que no se cumple en su criterio *"cuando al trabajador, durante el tiempo de su enfermedad no profesional, se le reduce su salario en dos terceras partes durante los noventa días y en la mitad por el tiempo restante del derecho que la ley le concede para que el patrono le pague un auxilio monetario por 180 días por enfermedad no profesional. Si el trabajador está enfermo, ¿cómo se le puede agravar su enfermedad no profesional reduciéndole la remuneración mínima vital?"*.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social, actuando a través de apoderada judicial, solicita la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones acusadas, con base en las razones que a continuación se sintetizan.

La interviniente recuerda que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los beneficios económicos y asistenciales derivados de los riesgos por enfermedad no profesional, los asume el sistema de seguridad social en salud, a través de las empresas promotoras de salud, EPS.

Afirma que las expresiones acusadas no vulneran el artículo 13 de la Constitución Política, pues el principio de igualdad ha de entenderse en sentido material y no formal. En su criterio, dado que en este caso la comparación planteada por el actor alude a sistemas diferentes la protección en salud y la protección por riesgos profesionales el juicio de igualdad no resulta posible.

Frente al cargo por el supuesto desconocimiento del artículo 53 superior sostiene que el auxilio que trata el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, sí protege al trabajador dado que al encontrarse frente a una enfermedad de origen común, se le paga parte de su salario y prestaciones, manteniendo la solución de continuidad y generando una expectativa de pensión.

2. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI-, actuando a través de apoderado judicial, solicita que se declare la constitucionalidad de las expresiones acusadas, de acuerdo con las razones que a continuación se resumen.

El interviniente recuerda que de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de seguridad social en salud es el encargado de asumir el auxilio monetario que recibe el trabajador incapacitado por una enfermedad de origen común.



Aduce que la debilidad manifiesta del trabajador enfermo, fundamento del cargo aducido por el actor, está protegida, precisamente, por la existencia de un sistema obligatorio de afiliación, cuyo financiamiento corresponde en mayor medida al empleador y que no se limita al reconocimiento de un auxilio monetario, ya que también comprende la atención médica para el trabajador enfermo. Recuerda además que el plan obligatorio de salud tiene cobertura familiar. Es decir que en su criterio el trabajador enfermo que percibe el auxilio monetario de que trata el artículo parcialmente impugnado está protegido en lo económico y en la atención médica requerida para superar su estado de incapacidad.

Resalta que debe diferenciarse el salario del auxilio monetario que reconoce el sistema de aseguramiento obligatorio por concepto de enfermedad general, así: *"el salario es la remuneración que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio dentro de una relación de trabajo; a su vez, el auxilio monetario por enfermedad general es una prestación propia del régimen de seguridad social en salud y que obedece, no a la prestación de un servicio, sino que es la consecuencia de un evento cubierto por un régimen de aseguramiento de origen legal, que tiene su propia y diferente naturaleza y finalidad constitucional. Equiparar sin más el salario y el auxilio por enfermedad general para atribuir al segundo las características del primero, constituye una grave confusión entre la naturaleza de uno y otro"*.

Señala que *"quien recibe salario se encuentra en condiciones diferentes del que recibe el auxilio, pues, la causa de uno y otro difieren, así como también difiere el deudor. En efecto, en el primer caso, la causa del salario es la prestación del servicio y el deudor es el empleador; en el segundo, la causa es la ocurrencia del evento cubierto por el régimen de aseguramiento y el deudor es la entidad administradora del sistema."*

Considera que no es cierto que el trabajador que presta sus servicios y el trabajador incapacitado por siniestro no profesional se encuentran en idénticas circunstancias, de hecho y de derecho, de allí que en su criterio no haya lugar a argüir el quebrantamiento de la igualdad.

Ahora bien, en relación con el auxilio por enfermedad de origen común y del subsidio por enfermedad profesional o accidente de trabajo, sostiene que la diferencia entre una y otra prestación, tampoco vulnera el derecho a la igualdad, pues la misma se encuentra plenamente justificada desde el punto de vista constitucional, por cuanto obedece a circunstancias de hecho diferentes.

Advierte que el subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional de que tratan el artículo 7º del Decreto Ley 1295 de 1994 y el artículo tercero de la Ley 776 de 2002, corresponde a un riesgo diferente, especial y de tratamiento propio en la ley por guardar relación directa con el desempeño del trabajo (artículos 9 y 11 del Decreto 1295 de 1994). Afirma que *"Tanto es así, que uno es el régimen de seguridad social en salud y otro el régimen de riesgos profesionales. En efecto, en el régimen de riesgos profesionales el monto de la cotización es diferente y de cargo absoluto del empleador, e implica unas obligaciones adicionales en cabeza de éste (relacionadas con los regímenes de seguridad industrial y salud ocupacional), toda vez que es el trabajo la fuente de riesgo del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional."* Enfatiza que *"Por el contrario, los eventos cubiertos por el régimen de seguridad social en salud (no obstante ser éste financiado en su mayor parte por el empleador) son ajenos a la prestación del servicio en sede de una relación de trabajo, y en el que corresponde al trabajador promover y cuidar su propia salud, en la medida en que la fuente de riesgo escapa al control del empleador"*.



3. Defensoría del Pueblo

La Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, vencido el término de fijación en lista, intervino en el presente proceso para solicitar que se declare la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas, con base en los argumentos que a continuación se resumen.

La interviniente aclara que el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo se encuentra vigente, en cuanto hace relación a la regla referida al monto y al término de la prestación regulada en ella a favor de los trabajadores incapacitados por una enfermedad común, general o no profesional, más no en cuanto al patrono como responsable de la misma, teniendo en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales y las empresas públicas y privadas del régimen contributivo asumieron los riesgos de esa contingencia dentro del sistema de seguridad social. Precisa que solo excepcionalmente el empleador debe asumir esa carga como consecuencia de su omisión de afiliar a su empleado al Sistema General de Seguridad Social.

La interviniente considera que la regla acusada que contiene el artículo 227 Código Sustantivo de Trabajo, *"es contraria al principio de la igualdad de protección y trato que las autoridades deben ofrecer a todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho comparable, como lo son los trabajadores que encontrándose al servicio de un patrono o empleador se incapaciten temporalmente de tal manera que les impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional o de una enfermedad común, general o no profesional"*.

Manifiesta que se trata de *"trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho que les impide desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado por accidente o enfermedad ocasionados por causa de origen distinto, pero que son sujetos de una relación laboral o contractual, cumplen una actividad humana, se hallan en una situación de subordinación y dependencia con su empleador y reciben como contraprestación un salario, situaciones todas ellas comparables desde esa perspectiva. Se trata de trabajadores que vienen siendo tratados en forma distinta por las normas comparadas, al establecer un auxilio monetario o un subsidio sustancialmente distinto para cada caso, sin que exista un motivo razonable que justifique dicha distinción"*.

Sostiene que la libertad contractual, ni la autonomía de las partes en las relaciones laborales, como tampoco la aplicación del principio de la libertad de configuración legislativa, podrían sustentar una política de diferenciación salarial sin causa justificada, como la que se presenta en su criterio en este caso.

Advierte que si bien, el ejercicio del principio de "la libre configuración legislativa" no excluye que el Legislador otorgue tratamiento distinto a situaciones comparables, se observa que la norma demandada comporta un tratamiento discriminatorio en materia de auxilio monetario para un mismo tipo de trabajadores que por razón de una incapacidad laboral originada por causas distintas son tratados de forma diferente sin justificación razonable, hecho que en su criterio *"no resiste el análisis de fines y de medios que proporciona el test de igualdad"*.

En ese sentido, manifiesta que *"el trato distinto dado por la norma a los trabajadores incapacitados laboralmente por una enfermedad común, general o de origen no profesional limita algunos principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, vinculados a la*



igualdad de oportunidades que predica para todos los trabajadores colombianos sin excepción, al derecho a la remuneración mínima vital y móvil, sujeta únicamente a la cantidad y calidad de trabajo, en virtud del principio de a trabajo igual salario igual y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas legales.

Igualmente que "el grado de afectación de los derechos laborales de ese tipo de trabajadores inspirado por la norma demandada no cumple con ninguna finalidad acorde con esos principios constitucionales. Por el contrario, afecta además de manera grave uno de los fines del Estado Social y Democrático, como es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política e imposibilita su deber de promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva para todos los colombianos vinculados al mercado de trabajo".

Añade que "la causa del origen del accidente o enfermedad profesional y la del accidente o enfermedad no profesional no inciden para nada desde el punto de vista fáctico en el tratamiento y protección que ambas situaciones demandan. Ambos grupos de trabajadores se encontrarían cesantes temporalmente, ninguno de ellos podría desarrollar la actividad objeto del contrato o relación laboral y en las dos situaciones la asunción del riesgo por lo general ha sido trasladado a un tercero que permite además al patrono o empleador liberarse de la carga salarial por vía de aseguramiento del riesgo. Se diría entonces que la diferenciación legal no tiene ninguna justificación y que estaría excediendo los límites de la discrecionalidad racional del Legislador".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación, allegó el concepto número 4301, del siete (7) de mayo de 2007, en el cual solicita a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las expresiones "las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante", contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. El Ministerio Público señala que la regulación constitucional, de carácter general, sobre la prestación del servicio público de la seguridad social se encuentra en los artículos 48, 49 y 366 de la Carta Política, a partir de los cuales el legislador en la Ley 100 de 1993, desarrolló el Sistema de Seguridad Social Integral, conformado por las entidades públicas y privadas, las normas y los procedimientos expedidos sobre la materia, y los regímenes generales vigentes en materia de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

Resalta que la prestación económica por enfermedad no profesional o común, fue asumida, hasta 1975 por el empleador a quien se hacía exigible a título de un auxilio en favor del trabajador y, en virtud de la aplicación del principio de solidaridad. A partir de la expedición del Decreto 770 de 1975, dicha prestación fue asumida por el entonces Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, en los porcentajes establecidos por el Código Sustantivo del Trabajo.

Afirma que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 de la misma, la obligación inherente al pago del valor correspondiente a la incapacidad por enfermedad común o no profesional es una responsabilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud con cargo al régimen contributivo. Esta prestación se basa en el sistema de cotización tripartita: (i) por parte del trabajador, (ii) el empleador y, (iii) eventualmente en los casos en los cuales tales recursos resulten insuficientes para atender la cobertura general, con la participación del Estado.



En ese orden de ideas, sostiene que debe considerarse: (i) que hubo una derogación parcial del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que la prestación económica derivada de la incapacidad no profesional entra a ser asumida por el Sistema de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo; (ii) que la prestación que se asignaba por el Código Sustantivo del Trabajo a título de auxilio se transformó en un derecho prestacional; y, (iii) que los derechos prestacionales derivados de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud frente al afiliado se encuentran garantizados por la ley (artículos 6°, numeral 1° y 153, numeral 3 de la Ley 100 de 1993) a partir de un sistema de financiamiento a través de aportes parafiscales.

Afirma que los porcentajes establecidos en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo para liquidar las incapacidades por enfermedad no profesional tenían justificación en cuanto se trataba de un auxilio a cargo del empleador a quien no se podía hacer más gravosa la situación, habida cuenta que con sus propios recursos debía sufragar el salario del trabajador que desempeñaba su labor en reemplazo de aquel que se hallaba incapacitado. Precisa que al cambiar la naturaleza jurídica de la prestación, y el responsable del pago respectivo, la norma acusada resulta aparentemente incongruente con el nuevo orden de cosas en materia de la seguridad social.

Por las anteriores razones, advierte que los porcentajes establecidos en el artículo 227 acusado, en principio desconocen el esquema establecido en la Constitución para el Sistema de Seguridad Social Integral. Precisa sin embargo, que *"dado que el mismo artículo 48 de la Constitución prevé que las garantías de la seguridad social y la cobertura correspondiente, no son de aplicación inmediata e integral, sino que se busca que se amplíen 'progresivamente' y en la forma como 'lo determine la ley',"* no cabe la declaratoria de inexecutable pura y simple de las expresiones acusadas.

El Procurador General plantea sí, la necesidad de que la Corte exhorte al Congreso de la República para que regule, bajo el esquema de la Seguridad Social Integral consagrado en la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, un nuevo sistema de reconocimiento para el pago de las incapacidades por enfermedad no profesional.

La Vista Fiscal considera que se hace necesario empero distinguir la situación de las personas que reciben el salario mínimo, pues en relación con ellas sí se plantea en su criterio la necesidad de un condicionamiento de las disposiciones acusadas.

El Ministerio Público recuerda en efecto que el salario mínimo legal fijado de manera concertada por el Gobierno Nacional, los gremios de la producción y los representantes de los trabajadores, se considera el mínimo vital para la subsistencia de una persona.

En ese orden de ideas en su criterio, si se tiene en cuenta que la prestación con la cual la ley protege al trabajador que soporta una incapacidad por enfermedad no profesional tiene como finalidad otorgar el amparo necesario para la recuperación de la salud y las condiciones de productividad, nada impide que a las personas respecto de las cuales resulta evidente su particular y precaria situación económica en relación con la capacidad adquisitiva de bienes necesarios para la subsistencia, sean objeto de un tratamiento diferenciado, pues éstas *"entran a conformar las minorías objeto de especial protección constitucional"* y merecen *"una protección cuyo alcance guarde estrecha relación con las finalidades del Sistema de Seguridad Social en Salud"* como la que en su criterio fue exigida por la Corte en la Sentencia C-823 de 2006.



En consecuencia solicita a la Corte que se declare la exequibilidad condicionada de las expresiones acusadas en el entendido que *"los porcentajes allí establecidos, para efectos de liquidar la incapacidad por enfermedad no profesional **no son de aplicación frente a los afiliados que devengan el salario mínimo legal, porque a éstos debe corresponderles una prestación equivalente al cien por ciento (100%) de su salario como garantía efectiva del derecho al mínimo vital"***.

Así mismo señala que *"debe exhortarse al Congreso de la República para que legisle sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad no profesional"*.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada hace parte de una Ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

El demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad de las expresiones *"así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante"*, contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo relativo al auxilio monetario por enfermedad no profesional, por considerarlas violatorias de los artículos 13 y 53 superiores, dado que en su criterio con las mismas i) se establecería un tratamiento diferente sin ninguna justificación entre los trabajadores afectados por una enfermedad no profesional y aquellos afectados por una enfermedad profesional a quienes sí se les reconoce el monto total de su salario hasta por 180 días; ii) se desconocería el derecho al pago de una remuneración que asegure el mínimo vital, pues al trabajador que está enfermo no se le puede agravar su situación reduciéndole la remuneración.

Todos los intervinientes y el señor Procurador aclaran que si bien el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo fue derogado parcialmente y debe concordarse con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, no cabe duda sobre la vigencia de las expresiones acusadas que establecen los porcentajes reconocidos como auxilio monetario al trabajador afectado por una enfermedad no profesional, ahora comprendido en el marco del sistema de seguridad social.

Los intervinientes en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Asociación de Industriales de Colombia destacan que de la misma manera que no resulta comparable la situación del trabajador que recibe un salario en contraprestación por su trabajo con quien recibe un auxilio monetario por el hecho de encontrarse enfermo, tampoco resulta comparable la situación de quien recibe un auxilio monetario por una enfermedad profesional -ligada directamente a la labor que desempeña con la del trabajador que recibe un auxilio monetario por enfermedad común. Afirman que por tratarse de sistemas de aseguramiento diferentes, regidos por presupuestos y sistemas de financiación distintos no cabe la comparación. Precisan que el trabajador afectado por una enfermedad no profesional no solo recibe el auxilio monetario a que aluden las expresiones acusadas sino que recibe la asistencia en salud respectiva, por lo que no puede hablarse de una agravación de su situación por parte del sistema de seguridad social ni de un desconocimiento de su mínimo vital.



La Defensora Delegada para asuntos constitucionales de la Defensoría del Pueblo solicita a la Corte que declare la inexecutable de las expresiones acusadas, pues en su criterio no existe justificación para el trato diferenciado que se establece con las mismas respecto de la prestación de auxilio monetario asumida por el sistema de seguridad social por enfermedad común y por enfermedad profesional.

Por su parte el señor Procurador General de la Nación, aclara que por tratarse de un derecho prestacional cuya cobertura se ampliará de forma progresiva en la forma como lo determine la Ley, es al Congreso a quien corresponde adecuar el monto del auxilio por enfermedad no profesional a los presupuestos fijados en la Constitución en materia de protección integral en materia de seguridad social, por lo que solicita a la Corte que exhorte al Congreso en ese sentido. Empero considera que las expresiones acusadas deben ser declaradas exequibles de manera condicionada en el entendido que *"los porcentajes allí establecidos, para efectos de liquidar la incapacidad por enfermedad no profesional no son de aplicación frente a los afiliados que devengan el salario mínimo legal, porque a éstos debe corresponderles una prestación equivalente al cien por ciento (100%) de su salario como garantía efectiva del derecho al mínimo vital"*.

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer si con las expresiones acusadas contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo que establecen los porcentajes de salario reconocidos como auxilio monetario por enfermedad no profesional se vulneran o no los artículos 13 y 53 superiores.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario hacer algunas precisiones en torno a i) las características del sistema de seguridad social y la potestad de configuración del Legislador en este campo, y ii) la vigencia, contenido y alcance de las expresiones acusadas contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que resultan pertinentes para resolver los cargos formulados en la demanda.

3.1. Las características del sistema de seguridad social y la potestad de configuración del Legislador en este campo.

3.1.1 La seguridad social, - ha dicho de manera reiterada esta Corporación -, constituye no sólo un servicio público de carácter obligatorio sino también un derecho irrenunciable de toda persona (CP. artículos 48, 49 y 365)¹.

De igual manera la seguridad social se encuentra prevista en la Constitución como un derecho económico y social (C.P. art. 48). En virtud de tal reconocimiento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en cuanto a su naturaleza jurídica el mismo se identifica como un *derecho prestacional*². Ello es así, por una parte, porque todas las personas tienen el derecho de exigir un conjunto de *prestaciones* a cargo de las entidades que integran el sistema de seguridad social, no solamente dirigidas a garantizar los derechos irrenunciables de las personas, sino también a obtener una calidad de vida acorde con el principio de la dignidad humana³, y por la otra, porque para asegurar su efectiva realización, se requiere -en la mayoría de los casos acreditar el cumplimiento de normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio económico y financiero del sistema⁴.



Teniendo en cuenta la naturaleza de derecho prestacional⁵ de la seguridad social, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño.

En este sentido la jurisprudencia ha explicado igualmente de manera reiterada que el Legislador tiene un papel esencial en materia de regulación de la seguridad social⁶.

Ha señalado la Corte:

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

Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad⁷. "Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social"⁸. Lo mismo ocurriría si el Estado se desentendiera de las funciones de dirección, coordinación y control a la seguridad social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente asignadas en la Carta del 91.¹⁹

3.1.2 En este contexto, la Constitución Política le ha atribuido al Legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social¹⁰ al tiempo que ha establecido unos principios y reglas generales, básicas y precisas, a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social¹¹.

Se destacan dentro de ese catálogo de reglas generales a las que debe someterse la potestad de configuración del legislador, entre otras, las siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares¹²; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de pensiones el principio de sostenibilidad financiera (C.P. art. 48)¹³.

En relación con el último punto cabe recordar que según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc¹⁴.

En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que "no es posible constitucionalmente



que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad"¹⁵.

Al respecto la Corte desde sus primeras decisiones señaló lo siguiente:

"La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicán de todas las personas".¹⁶

Posteriormente la Corte ha precisado que *"la universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios."¹⁷*

A su vez respecto del principio de solidaridad ha explicado la Corte que el mismo exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren.

Este principio, explicó la Corte en la sentencia C-111 de 2006¹⁸, se manifiesta en dos subreglas, a saber:

"En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. En estos casos, no se pretende exigir un aporte adicional representado en una cotización en dinero, sino que, por el contrario, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo".

La Corte ha recordado que el principio de eficiencia consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Finalmente, no debe olvidarse que el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones¹⁹.



3.1.3 Ahora bien, resulta pertinente recordar que esta Corporación ha establecido que el legislador en ejercicio de la citada potestad de configuración normativa, además de someterse al cumplimiento en concreto de aquellas reglas y principios que regulan el suministro y la exigibilidad de las prestaciones que componen el sistema de la seguridad social, se encuentra sujeto de igual manera a la observancia de aquellos otros principios, valores y derechos constitucionales previstos en el texto Superior, que generalmente limitan el desarrollo de la atribución constitucional de regulación²⁰.

Precisamente, en sentencia C-152 de 2003²¹, esta Corporación manifestó:

"En materia de la regulación del servicio público de seguridad social, el legislador goza de una amplia potestad de configuración normativa. La ley, por decisión constituyente, establece los términos en que dicho servicio público debe ser prestado, en sujeción a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad (artículo 48 de la Constitución). En desarrollo de dichos principios, el legislador puede reconocer determinadas prestaciones sociales por ejemplo una licencia remunerada de paternidad de cuatro días si el padre cotiza al sistema de salud o de ocho días si el padre y la madre son cotizantes (artículo 1 de la Ley 755 de 2002)-, así como colocar en cabeza de determinadas personas las obligaciones correspondientes, como la de financiar dicha prestación. Para la Corte es claro que la amplia potestad legislativa en materia de seguridad social, que incluye el régimen de licencia de paternidad en caso de alumbramiento, tiene como límite los preceptos constitucionales, en especial el deber de respetar los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad."

En idéntico sentido, en sentencia C-671 de 2002²², se sostuvo que:

"Esta Corte ha señalado que si bien la Constitución señala unos principios que gobiernan los derechos a la seguridad social y a la salud, el Legislador goza de una amplia libertad para regular la materia, pues la Carta establece que la seguridad social se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, "en los términos que establezca la Ley". (...) La amplia libertad del Legislador en la configuración de la seguridad social no significa obviamente que cualquier regulación legislativa sea constitucional, pues no sólo la Carta señala unos principios básicos de la seguridad social y del derecho a la salud, que tienen que ser respetados por el Congreso, sino que además la ley no puede vulnerar otros derechos y principios constitucionales".

3.1.4 Igualmente, esta Corte ha insistido en que cuando una regulación se relacione con la atribución de dirección e intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), incluyendo en ella toda la legislación referente al derecho y al servicio público de la seguridad social, que no afecten derechos constitucionales fundamentales (C.P. arts. 48 y 365), el juez constitucional deberá respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexecutable de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta²³. Así, la Corte lo ha señalado, en los siguientes términos:

"La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma" (Sentencia C-265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

No obstante, la Corte²⁴ ha advertido que dichas razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política deben ceder a favor de un control riguroso de constitucionalidad, cuando a



pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, la misma (i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce *prima facie* el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población²⁵.

3.2. La vigencia, contenido y alcance de las expresiones acusadas contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo

3.2.1 Las expresiones acusadas se encuentran contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo que regula la prestación social relativa al auxilio monetario por enfermedad no profesional.

Al respecto cabe recordar que la ley laboral clasificó las prestaciones patronales en dos grandes grupos: (i) *las prestaciones comunes*, que son aquellas que corren a cargo de todo empleador independientemente de su capital; pertenecen a esta especie las prestaciones por accidente y enfermedad profesional, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, calzado, overoles, protección a la maternidad, auxilio funerario, auxilio de cesantía; (ii) *las prestaciones especiales*, que por el impacto económico que comportan, están a cargo de ciertas empresas atendiendo a su capital, como son la pensión de jubilación, el auxilio y las pensiones de invalidez, escuelas, especialización, primas, servicios y seguro de vida colectivo.

En cuanto al auxilio por enfermedad no profesional el artículo 227 de la Ley 141 de 1961 previó que *"en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante"*.

Los artículos 193 y 259 de la misma Ley 141 de 1961 por la cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo advirtieron que las prestaciones comunes señaladas en el Título VIII y algunas de las prestaciones especiales reguladas en el Título IX del mismo Código *"dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto"*.

Dicho Instituto precisamente con la expedición del Decreto 770 de 1975 asumió, entre otros, el pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional. Al respecto en dicho Decreto se señaló lo siguiente:

Decreto 770 de 1975 Artículo 9. En caso de enfermedad común el Instituto otorgará al asegurado directo las siguientes prestaciones y servicios: (...) c) cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo el asegurado tendrá derecho a un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de su salario de base, subsidio que, lo mismo que las prestaciones señaladas en el ordinal (sic) a) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos, siempre que la interrupción no exceda de 30 días.

Artículo 10. El término de 180 días previsto en el artículo anterior podrá prorrogarse por 360 días más exclusivamente en cuanto a las prestaciones asistenciales, siempre que existan pronósticos



favorables de curación. En este caso, el subsidio sólo se pagará durante los primeros 180 días de incapacidad excepto cuando el asegurado tenga al cumplir tal período derecho a las prestaciones por invalidez en cuyo caso se prorrogará el subsidio en cuantía de un 50% de su salario de base, hasta la definición de su situación por los servicios médicos.

Posteriormente la Ley 100 de 1993 dentro de la configuración del sistema general de seguridad social en salud, al tiempo que dispuso que deberán estar afiliados al régimen contributivo en ella establecido *"las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, así como al régimen subsidiado "las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización"* (Art. 157 -A), señaló en el artículo 206 lo siguiente:

"Artículo 206 Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto."(subrayas ajenas al texto²⁶)

Al remitir el artículo citado a las disposiciones legales vigentes, en materia de incapacidades laborales, es claro que se debe acudir al Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227, según el cual en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al pago de *"un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: Las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante."*

Dicha previsión sobre el monto y la duración del auxilio como lo ha explicado la Corte en anteriores sentencias²⁷ se encuentra vigente y puede en consecuencia ser objeto de análisis por la Corte frente a los cargos planteados en la demanda.

3.2.2 Ahora bien, es claro que la prestación de auxilio monetario por enfermedad no profesional regulada en la Ley 100 de 1993 dentro del sistema general de seguridad social en salud, es diferente de la que se reconoce dentro del sistema general de riesgos profesionales a que alude la misma ley.

En efecto, recuérdese que el artículo 8º de la Ley 100 de 1993 señala que el sistema de seguridad social integral -definido en el artículo 1º de la misma²⁸ - está conformado por varios regímenes generales establecidos por el Legislador en ejercicio de la potestad para organizarlo asignada por el artículo 48 superior específicamente para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma ley.

Así mismo que mediante el artículo 139, Num. 11, de la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para *"dictar las normas necesarias para organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con*



ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. En todo caso, la cotización continuará a cargo de los empleadores".

En ejercicio de dichas facultades el Presidente de la República expidió el Decreto ley 1295 de 1994, *"por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales"*. Decreto este que contiene las disposiciones generales y las relativas a riesgos profesionales, afiliación y cotizaciones al sistema, clasificación, prestaciones, servicios de prevención, prevención y promoción de riesgos profesionales, dirección y administración del sistema, fondo de riesgos profesionales y sanciones²⁹. Materias que fueron complementadas posteriormente a través de la Ley 776 de 2002 *"Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales"*.

El sistema de riesgos profesionales configurado por el Decreto Ley 1295 de 1994, está diseñado para atender los accidentes y las enfermedades que se produzcan en relación con la actividad laboral o profesional del afiliado. Para el efecto, los artículos 9° y 10 del Decreto 1295 de 1994 definen el accidente de trabajo como *"un suceso repentino que sobreviene por causa o con ocasión del trabajo y que le produce al trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte"*. Por su parte, el artículo 11 del mismo estatuto establece que la enfermedad profesional es *"todo estado patológico, permanente o temporal, que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar"*.

Se trata de contingencias asumidas por el Sistema de Riesgos Profesionales, para lo cual la ley exige al empleador reportar a la ARP y a la EPS a las cuales tiene afiliados a sus trabajadores, todo accidente de trabajo o enfermedad profesional que ocurra *"dentro de los dos días hábiles siguientes de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad"* (Art. 62 inc. 2° del Decreto 1295/94).

En la Ley 776 de 2002 se precisó en el artículo 1° que todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la misma ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la misma ley.

El artículo 2° de la misma ley señaló que *"se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado."*

A su vez el artículo 3° de la misma ley precisó que *"Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario"*. Igualmente que *"Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional"*.

En el mismo artículo se precisa que el período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el referido artículo *"será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por*



períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación". Así mismo que "cumplido el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal".

De acuerdo con el artículo 4º de la misma Ley "al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría".

La prestación aludida en el sistema de riesgos profesionales es pues claramente más comprensiva, y por ende diferente, de la que se estableció para el caso de la enfermedad no profesional o común dentro del sistema general de seguridad social en salud.

Tal diferencia es precisamente la que el actor controvierte en el presente proceso.

4. El análisis de los cargos

4.1. El análisis de la acusación por la supuesta violación del principio de igualdad (art. 13 C.P.)

Como se ha señalado el actor solicita que se declare la inconstitucionalidad de las expresiones "*así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante*", contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo relativo al auxilio monetario por enfermedad no profesional, por considerarlas violatorias del artículo 13 superior pues con las mismas se establecería un tratamiento diferente sin ninguna justificación entre los trabajadores afectados por una enfermedad no profesional y aquellos afectados por una enfermedad profesional a quienes sí se les reconoce el monto total de su salario hasta por 180 días.

Al respecto ha de reiterarse que sobre el particular la jurisprudencia tiene precisado, de manera invariable que en desarrollo del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política, corresponde al legislador otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles³⁰.

La Corporación ha establecido en múltiples ocasiones que un tratamiento legislativo diferente no implica *per se* una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable³¹. La Corte ha acudido entonces a un instrumento metodológico-sobre cuyo alcance y límites se ha pronunciado reiteradamente³²-, para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado³³.

Se busca así establecer en cada caso i.) si se está frente a supuestos de hecho diversos o si estos son comparables; ii.) si el fin perseguido por la norma es un fin objetivo y legítimo a la luz de la Constitución; iii.) si los supuestos de hecho estudiados, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guardan una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos; iv.) si el trato desigual es proporcionado. La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, que ha propuesto tres



pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes³⁴.

La Corte ha señalado que el hecho de no cumplirse la primera condición impide que se desarrolle el instrumento metodológico expresado³⁵. Desde esta perspectiva solamente resulta posible establecer la eventual vulneración del principio de igualdad cuando las situaciones de hecho que se comparan atienden a dichos presupuestos³⁶.

Ahora bien, en el presente caso la Corte constata que ninguna vulneración del principio de igualdad puede configurarse, dado que ni siquiera los supuestos a que alude el actor resultan comparables y desde esta perspectiva el juicio de igualdad planteado por el demandante no puede realizarse.

En efecto, como lo ponen de presente algunos de los intervinientes y como se desprende de los apartes preliminares de esta sentencia, es claro que las prestaciones a que alude el actor y que compara para sustentar su acusación por la supuesta violación del principio de igualdad no pueden equipararse por pertenecer a sistemas de seguridad social diferentes, llamados cada uno a cubrir riesgos diferentes y bajo presupuestos de financiación igualmente disímiles.

Se trata en efecto de prestaciones, que si bien hacen parte del sistema de seguridad social no necesariamente deben tener un tratamiento idéntico, pues atienden a causas de naturaleza diferente para las que bien puede el Legislador establecer parámetros distintos en función del cumplimiento de las finalidades a él señaladas en el artículo 48 superior.

Recuérdese en este sentido que el riesgo al que se encuentra expuesta la población en general de sufrir bien un accidente o una enfermedad que incapacite para trabajar, puede ser originado por diversas circunstancias independientemente de la labor o profesión que se desempeña o el lugar de trabajo en que desarrolle su actividad laboral. No sucede lo mismo con la incapacidad que puede afectar a un trabajador como consecuencia directa del trabajo que realiza o de las condiciones a las que se encuentra expuesto³⁷.

Igualmente que mientras en el sistema de seguridad social en salud el artículo 204 de la Ley 100 de 1993³⁸ establece dentro del régimen contributivo que *"La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado"*, en el caso del sistema de riesgos profesionales de acuerdo con los artículos 6 y 21 el Decreto Ley 1295 de 1994 el empleador será responsable del pago de la totalidad de la cotización de los trabajadores a su servicio.

Ahora bien, lo anterior no se altera por el hecho de que, como se ha explicado, las prestaciones que se analizan no sigan siendo asumidas directamente por el patrono -como se establecía en las normas originales del Código Sustantivo del Trabajo- sino lo sean por el sistema de seguridad social. Precisamente por estar ambas comprendidas en el sistema de seguridad social, pero dentro de regímenes diferentes -una en el régimen de salud y la otra en el de riesgos profesionales- al tener causas diferentes pueden ser reguladas en el sistema de manera diversa.



A similar conclusión ya había llegado la Corte en la sentencia C-252 de 2004³⁹ donde examinó la acusación formulada en contra de los artículos 40 de la Ley 100 de 1993 y 10 de la Ley 776 de 2002⁴⁰ por el supuesto tratamiento discriminatorio establecido por dichas disposiciones que señalaron prestaciones diferentes en materia de pensión de invalidez respectivamente por riesgo común y por riesgos profesionales.

En esa ocasión explicó la Corte lo siguiente:

"Aduce el demandante que el legislador estableció un situación diferente frente a hechos iguales, como lo es la pensión de invalidez, que no encuentra justificación, pues se trata de situaciones en las cuales las personas tienen los mismos padecimientos, razón por la cual la ley no puede asignar al invalido por riesgo común un monto de pensión inferior a quien se invalida en virtud de un accidente o enfermedad profesional.

Vistas así las cosas pareciera que al accionante le asiste razón, por cuanto se trata de personas que en virtud de una u otra causa, bien sea por riesgo común, ya por riesgo profesional, se encuentran en una situación de invalidez que les impide el desempeño propio de sus labores que les permita procurarse su sustento y el de su familia. No obstante, la Corte encuentra que la diferencia en el monto de la pensión de invalidez aludida obedece al examen de ciertas razones objetivas que hacen imperiosa dicha diferencia, en aras de mantener la viabilidad del Sistema de Seguridad Social Integral, desarrollado precisamente en cumplimiento de lo establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993.

(...)

Como es suficientemente conocido, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que para acusar una norma de violar el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, las situaciones de las cuales se predica la supuesta violación han de ser iguales, de suerte que si el legislador introduce diferencias normativas a favor o en contra de sujetos objetivamente iguales, se vulnera el derecho mencionado.

Con todo, eso no es lo que sucede en el presente caso, pues a juicio de la Corte, las disposiciones acusadas si bien establecen un tratamiento diferente respecto del monto de la pensión de invalidez según se origine por riesgo común o por riesgo profesional, ello se encuentra justificado dados los elementos objetivos que caracterizan uno y otro sistema.

En primer lugar es importante destacar que si bien el sistema general de pensiones como el sistema general de riesgos profesionales forman parte del Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993), el segundo sistema de los referidos ha sido consagrado en disposiciones especiales (Dto. 1295/94, Ley 776/02), por expreso mandato del legislador (art. 139-11 Ley 100 de 1993).

(...)

3.4. Como se ve son marcadas las diferencias que justifican el trato diferente que el legislador ha introducido en la regulación del monto de la pensión de invalidez por riesgo común y la pensión de invalidez por riesgo profesional. No obstante todas ellas derivan precisamente de la causa generadora del riesgo. En efecto, el riesgo al que se encuentra expuesta la población en general de sufrir bien un accidente o una enfermedad que lo invalide en forma permanente, puede ser originado por diversas



circunstancias independientemente de la labor o profesión que se desempeña o el lugar de trabajo en que desarrolle su actividad laboral. No sucede lo mismo con la invalidez que puede afectar a un trabajador como consecuencia directa del trabajo que realiza o de las condiciones a las que se encuentra expuesto. Precisamente esa es la razón por la que el legislador ha consagrado una responsabilidad en cabeza del empleador con el objeto de garantizar la integridad física de sus trabajadores y, de ahí, el monto diferencial que establecen las normas acusadas en relación con la pensión de invalidez en uno o en otro evento.

(...)

El trato diferente en el monto de la pensión de invalidez que se deriva bien del riesgo común ya del riesgo profesional, no obstante tratarse de una misma prestación, encuentra su justificación y razonabilidad como bien lo afirma el Procurador General, en que la fuente material de su reconocimiento, como lo son las cotizaciones a uno y otro sistema, y la causa que le da su origen, esto es, riesgo común o riesgo profesional, justifica la existencia de dos regímenes diferenciados, sin que por ello se vulnere la Constitución Política⁴¹.

(...)

Se concluye entonces que el cargo planteado por el demandante en el sentido de que las dos normatividades consagran diferencias de trato irrazonables e injustificadas, no prospera, pues, como se ha señalado existen fundamentos objetivos diferentes en uno y otro caso que justifican el establecimiento de montos diferentes en el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin que ello resulte irrazonable o desproporcionado. Nótese además, que con el régimen de riesgos profesionales se busca proteger al trabajador de los riesgos que se puedan derivar de la labor o profesión que desempeña o de los efectos nocivos que se puedan generar del medio en que se ha visto obligado a trabajar, con lo cual se garantizan los derechos constitucionales que en relación con el derecho al trabajo consagra la Constitución Política (C.P. arts. 25 y 53)."⁴²

A lo anterior cabría agregar que en el presente caso no se está en presencia de una diferencia de trato a partir de criterios sospechosos como el que tuvo que examinar la Corte en la sentencia C-065 de 2005⁴³, donde se declaró la inexecutable del artículo 323 del Código Sustantivo del Trabajo según el cual "en los casos de enfermedades venéreas en estado agudo, de trabajadores de empresas de petróleos, no hay derecho al auxilio monetario de que trata el artículo 227". Texto que fue declarado inexecutable por la Corte por vulnerar los derechos a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

Tampoco se trata de una diferenciación entre trabajadores por el tipo de trabajo realizado como ocurría en el caso de la Sentencia C-1004 de 2005⁴⁴ donde la Corte declaró la inexecutable parcial⁴⁵ del literal d) del artículo 229 del Código Sustantivo del Trabajo que excluía a los trabajadores del servicio doméstico de la aplicación de la regla general señalada en el artículo 227 del código Sustantivo del Trabajo⁴⁶.

En ese orden de ideas, es claro para la Corte que el cargo por el supuesto desconocimiento del principio de igualdad formulado por el actor en contra de las expresiones acusadas contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo a partir de la asimilación de prestaciones pertenecientes a riesgos y sistemas de aseguramiento social claramente disímiles, con la salvedad que a continuación se hace, no está llamado a prosperar.



4.2. El examen de la acusación formulada por el supuesto desconocimiento del artículo 53 superior

Ahora bien, para el actor en el presente caso igualmente se violaría el artículo 53 superior, dado que en su criterio, con las expresiones acusadas se desconocería el derecho al pago de una remuneración que asegure el mínimo vital, "pues al trabajador que está enfermo no se le puede agravar su situación reduciéndole la remuneración".

El señor Procurador considera por su parte que las expresiones acusadas deben ser declaradas exequibles pero de manera condicionada en el entendido que *"los porcentajes allí establecidos, para efectos de liquidar la incapacidad por enfermedad no profesional **no son de aplicación frente a los afiliados que devengan el salario mínimo legal, porque a éstos debe corresponderles una prestación equivalente al cien por ciento (100%) de su salario como garantía efectiva del derecho al mínimo vital"***.

Al respecto cabe recordar que el derecho fundamental al mínimo vital ha sido reconocido desde 1992⁴⁷ en forma extendida y reiterada por la jurisprudencia constitucional de la Corte como un derecho que se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta, dado el carácter de derechos directa e inmediatamente aplicables de los citados derechos⁴⁸.

La Corte ha explicado que "el objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Este derecho fundamental busca garantizar que la persona, centro del ordenamiento jurídico, no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean. Tal derecho protege a la persona, en consecuencia, contra toda forma de degradación que comprometa no sólo su subsistencia física sino por sobre todo su valor intrínseco. Es por ello que la jurisprudencia bajo el derecho fundamental al mínimo vital ha ordenado al Estado, entre otras, reconocer prestaciones positivas a favor de personas inimputables,⁴⁹ detenidas,⁵⁰ indigentes,⁵¹ enfermos no cubiertos por el sistema de salud,⁵² mujeres embarazadas⁵³ y secuestrados⁵⁴. Pero los jueces de tutela también han reprochado las acciones u omisiones, con fundamento en el derecho fundamental al mínimo vital, bien sea de particulares que presten algún servicio público como los servicios de salud y educación, o de particulares que atentan contra la subsistencia digna de una persona, con el fin de asegurar el mencionado derecho, como ha sucedido en materia del no pago prolongado de salarios o pensiones por empresarios particulares.⁵⁵⁵⁶

La Corte ha igualmente puesto de presente que "el derecho fundamental al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva de este derecho fundamental presupone que el Estado⁵⁷, y ocasionalmente los particulares, cuando se reúnen las condiciones de urgencia⁵⁸, y otras señaladas en las leyes y en la jurisprudencia constitucional,⁵⁹ están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia



de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. Es por ello que institucionales como la inembargabilidad de parte del salario, la prohibición de la confiscación, la indisponibilidad de los derechos laborales o el amparo de pobreza, entre otros, constituyen ejemplos concretos del mencionado límite inferior que excluye ciertos recursos materiales de la competencia dispositiva del Estado o de otros particulares⁶⁰.

Ahora bien, la Corte ha analizado en anteriores ocasiones la relación del derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales. En casos de protección de derechos mediante la acción de tutela, por ejemplo, ha considerado que procede el pago de licencias por incapacidad laboral, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios para su cobro, toda vez que el pago de la incapacidad se equipara al salario para la persona que no ha podido acudir al trabajo y, por tanto, tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas⁶¹.

Ha señalado esta Corporación lo siguiente:

"Así como se puede llegar a ordenar el pago de salarios y mesadas pensionales, también se puede exigir el pago de incapacidades laborales, puesto que éstas son el monto sustituto del salario para la persona que, por motivos de salud, no ha podido acudir al trabajo⁶². Al respecto ha señalado la Corporación que:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".⁶³

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación."⁶⁴

En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal.

En consecuencia, la declaración de exequibilidad de las expresiones demandadas del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo se debe condicionar a que se entienda que dicho auxilio monetario no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

Así las cosas lo que corresponde es declarar la exequibilidad del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo en lo acusado y frente a los cargos analizados, en el entendido que el auxilio monetario



por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por los cargos formulados, y en los apartes demandados, en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

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



1.2 Sentencia C-262/13

Referencia: expediente D-9095

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

Demandante: Jhonny Fabián Ospina Lozano

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio - quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

El ciudadano Jhonny Fabián Ospina Lozano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

Mediante auto del 17 de mayo de 2012, la demanda fue inadmitida por ausencia de pertinencia. El ciudadano la corrigió oportunamente, y por medio de auto del 22 de junio de 2012, finalmente fue admitida. En consecuencia, el Magistrado sustanciador solicitó al entonces Ministerio de la Protección Social, indicar las razones que fundamentaron la expedición de la disposición acusada. También ordenó fijar la demanda en lista para que los ciudadanos pudiesen defender o impugnar el precepto acusado, así como comunicar el inicio del proceso al entonces Ministerio de la Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), a la Asociación Salud al Derecho, a la Federación Médica Colombiana, a la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las universidades Pontificia Bolivariana, Javeriana, del Rosario, del Sinú, Externado de Colombia y Sergio Arboleda, para que si lo estimaban conveniente, participaran en el debate jurídico propiciado. Finalmente, se dio traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley.



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

1.1. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, se subraya el aparte acusado:

“ARTÍCULO 23. *GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.* El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.”

El demandante considera que el inciso acusado vulnera el artículo 48 de la Constitución, por las siguientes razones:

1.2.1. En primer lugar, describe la función de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y su forma de financiación. Asegura que las EPS “(...) son entidades aseguradoras que asumen el riesgo de la atención en salud de sus usuarios, en desarrollo de lo cual deben organizar la prestación de servicios asistenciales, y destinar la UPC que mensualmente reciben para cubrir las cuentas médicas que se generan por los servicios que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestan a sus afiliados”

Sostiene que la Unidad de Pago por Capitación (UPC), fuente de financiación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud (POS) que deben garantizar las EPS, “(...) tiene una vigencia temporal que se cumple y agota cada mes cuando se ejecutan las finalidades de pago de cuentas médicas y se lleva a cabo la constitución de las provisiones definidas en la Ley”. Argumenta que una vez agotada tal destinación legal, “(...) las EPS pueden utilizar los excedentes de tales recursos en el desarrollo de infraestructura propia con la cual ampliar y atender la prestación de servicios de salud para sus afiliados, esto último, a partir del hecho que los excedentes de la UPC dentro del modelo de aseguramiento, constituyen una legítima garantía de la entidad”.

Explica además que uno de los objetivos de la seguridad social, según la Constitución, es ampliar la cobertura de la prestación de los servicios, razón por la cual la ley 100 permitió a las EPS tener IPS propias para prestar servicios de salud a sus afiliados, con una limitación del 30% de su gasto, de conformidad con el artículo 15 de la ley 1122.

1.2.2. En este contexto, arguye que el precepto demandado, en tanto “(...) restringe de forma absoluta el uso [por las EPS] de los recursos del sistema de salud para toda compra de activos fijos”,



vulnera el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución. Los argumentos en los que fundamenta este cargo son los siguientes.

1.2.2.1. Alega que el inciso tercero del artículo 48 superior tiene el siguiente contenido normativo: (i) impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, (ii) la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y (iii) asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

1.2.2.2. Alega que el aparte acusado desconoce el primer contenido normativo –sujetos responsables de la obligación-, ya que excluye a los particulares del cumplimiento del deber constitucional de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social.

En su criterio, la Constitución impone la obligación de que el Estado y los particulares participen de manera mancomunada en la ampliación de la cobertura, como una manifestación del Estado Social de Derecho, uno de cuyos pilares es la participación. Al respecto, sostiene:

“Respecto del primero de ellos; esto es, del *sujeto responsable de la obligación*, es menester mencionar que el constituyente consideró que el deber que estableció la norma debe ser ejecutado de forma conjunta, es decir, corresponde al ‘... *Estado con la participación de los particulares...*’. Entonces, ambos sujetos deben de manera mancomunada ampliar la cobertura de la Seguridad Social. Nótese que la Carta no asigna la tarea al Estado de forma exclusiva ni la delega tampoco totalmente a los particulares, sino que dispone que ambos sectores, ejecuten conjuntamente la obligación Constitucional.”

Explica que si bien es cierto la Constitución no define el origen de los recursos que deben emplearse para el cumplimiento de la obligación de ampliación de la cobertura, tal origen se desprende de la condición de los sujetos responsables, “(...) puesto que al ser el Estado con la participación de los particulares, responsables conjuntos de la ampliación de la cobertura de la Seguridad Social, en tal cometido deben forzosamente confluir tanto recursos públicos como recursos privados”.

1.2.2.3. Respecto al segundo contenido normativo –obligación de ampliación progresiva de la cobertura-, advierte que “(...) comporta extender no solo el número de ciudadanos que tienen acceso al sistema, sino también las instituciones en las que estos reciben los servicios que brinda la Seguridad Social, de forma que haya suficientes instituciones en las cuales todos los ciudadanos puedan recibir las atenciones que requieren”. Agrega que el imperativo de ampliación de la cobertura en estos términos, también emana de obligaciones supranacionales adoptadas por el Estado colombiano, como el Código Iberoamericano de la Seguridad Social incorporado mediante la ley 516 de 1999.

Asevera que el Legislador, al aprobar el precepto acusado, desconoció este segundo contenido normativo, pues no tuvo en cuenta la insuficiencia de la red hospitalaria del país –que es documentada por estudios de organismos internacionales y del antiguo Ministerio de la Protección Social-, ni que el limitar el uso de los recursos de la UPC por las EPS –el demandante circunscribe su cargo a esta fuente de recursos y a estos participantes del SGSSS- para la ampliación de la infraestructura, restringe el acceso de los usuarios a una red eficiente de prestación de servicios de salud. Al respecto, explica:

“3.1.4. Con la expedición del artículo 23 inciso 2 de la Ley 1438 de 2011, norma demandada en esta acción pública, se estableció una prohibición absoluta para que ambos regímenes del sistema de



salud, los recursos que reciben las EPS se usaran para la adquisición de activos fijos, o en actividades distintas a la prestación de servicios asistenciales.

(...)

Como resultado de esta norma, las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes, deben entonces limitarse al pago de las facturas por prestación de servicios de salud y no pueden utilizar los recursos de la Unidad de Pago por Capitación para adquirir activos fijos u otros bienes o insumos destinados a la prestación de servicios asistenciales, lo que les impide ampliar progresivamente la red de instituciones de prestación de servicios de salud, y participar con el estado en esta labor” (negrilla fuera del texto).

En criterio del demandante, “(...) el legislador se orientó solo a implementar un mecanismo para mejorar el flujo y destinación de los recursos en el Sistema de Salud, con el fin de pagar las cuentas médicas a los prestadores de servicios en especial a los de naturaleza pública, pero olvidó por completo las necesidades de los ciudadanos de contar con una red de prestadores suficiente que garantice un efectivo acceso y oportuno goce del derecho a la salud”. En respaldo de este argumento, cita el “Informe Legislativo de 2010” en el que asegura consta que los objetivos perseguidos por el Congreso estuvieron relacionados exclusivamente con el flujo y garantía del uso de los recursos de la UPC.

También alega que el inciso 2 del artículo 23 de la ley 1438, al restringir el uso de la UPC para efectos de ampliación de la cobertura, elimina –sin creación de un medio sustituto- “(...) el único mecanismo de gestión conjunta del Estado y los particulares que permitía la creación progresiva de nuevas instituciones de salud para la prestación de servicios de salud”. Asegura que:

“(...) el legislador olvidó que de las fuentes de recursos con las que cuenta el sistema de salud, el único que permite la participación conjunta del Estado y los particulares en la ampliación progresiva de la cobertura en la prestación de servicios, es la UPC, pues los demás recursos públicos del sector, tales como los correspondientes al sistema general de participaciones o a las rentas cedidas a los entes territoriales, e incluso los recursos propios de las entidades territoriales, tienen por definición legal destinaciones diferentes a la ampliación progresiva de la cobertura en la prestación de servicios de salud. En igual sentido, los particulares eventualmente cuentan con recursos para hacer ampliaciones de cobertura en instituciones de prestación de servicios de Seguridad Social en salud, pero lo hacen de forma puntual, ocasional y no progresiva como lo ordena la Constitución.

(...) después de la expedición de la norma demandada, la orden constitucional de ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social en la prestación de servicios, resulta incumplida por inexistencia de recursos para llevarse a cabo, y dependa exclusivamente de la gestión individual, puntual y ocasional del estado o de los particulares realicen (sic).”

1.2.2.4. Por último, el demandante asevera que la disposición demandada adolece de una omisión legislativa relativa derivada del incumplimiento del tercer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48 de la Carta. En criterio del demandante, esta omisión se presenta “(...) dado que la norma parcialmente prohíbe el mecanismo previamente establecido en la Ley 100 de 1993, pero no desarrolla otro que lo sustituya y con el cual se dé cumplimiento al precepto constitucional, que le impone determinar la forma como debe ampliarse la cobertura de la Seguridad Social”

1.3. INTERVENCIONES DE ENTIDADES PÚBLICAS



1.3.1. Superintendencia Nacional de Salud

Solicita que el precepto acusado de declare exequible, por las siguientes razones:

1.3.1.1. En primer lugar, explica que la seguridad social y la salud son servicios públicos, cuya prestación se debe realizar bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Indica que si bien su prestación no es un deber exclusivo del Estado, éste sí tiene la responsabilidad de asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente. Señala que cuando los particulares concurren a la prestación de los servicios, en tanto actividades de interés público, están sujetos a normas de orden público y a responsabilidades mayores.

1.3.1.2. A continuación recuerda que el artículo 48 de la Constitución dispone que “[n]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las Instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”, y asegura que según varios fallos de la Corte Constitucional y la normativa vigente, las UPC no son recursos o rentas propias de las EPS, sino recursos parafiscales de la seguridad social que deben aplicarse a la prestación directa de los servicios. Sostiene que actividades como la compra de activos fijos o la amortización de obligaciones financieras ajenas a la prestación del servicio público, deben ser atendidas con recursos propios de las EPS, producto de su legítima ganancia, de aportes de capital de los socios, o de otras fuentes, pero en ningún caso de las UPC.

1.3.1.3. Asegura que la ley ha establecido la facultad de la Administración de establecer límites y controles al manejo de recursos públicos por las EPS, y la posibilidad de adoptar medidas preventivas y correctivas para garantizar su adecuado uso, sin que ello signifique un desconocimiento de su libertad económica o de empresa. Recuerda, que estas libertades deben ceder ante el interés general y que el Estado tiene una amplia libertad de intervención en materia económica para alcanzar fines constitucionales, como lo señaló recientemente la Sección Primera del Consejo de Estado –sentencia del 30 de julio de 2009- al denegar la solicitud de nulidad de una resolución de la Superintendencia Nacional de Salud que prohíbe que se financien con cargo a la UPC inversiones con carácter permanente en otras entidades o en la misma organización, salvo que tengan relación con la organización del servicio o el cumplimiento de deberes legales. Esta posición fue reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del pasado 22 de mayo de 2012.

1.3.2. Ministerio del Interior

1.3.2.1. En primer lugar, alega que la demanda adolece de elementos que permitan adelantar un juicio de constitucionalidad, de modo que solicita un fallo inhibitorio. En criterio del Ministerio, “(...) la carga argumentativa carece de la sustentación necesaria para adelantar un juicio de constitucionalidad, pues el elemento básico de su acción tiene sustento en el tratamiento que se le quiere dar que la norma reviste el carácter de recurso parafiscal, lo cual además le imprime el sentido de falta de congruencia en el cargo; de la misma forma el sentido que se le quiere dar al instituto de la ‘UPC’, cuando el legislador, quien detenta la cláusula general de competencia le dio otro matiz a la norma”. En consecuencia, afirma que los cargos del demandante “(...) no corresponden al sentido de objetividad de la norma cuestionada, sino a evaluaciones personales”, de forma que carecen de certeza.

1.3.2.2. En segundo lugar, defiende la constitucionalidad de la disposición demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:



Explica cuáles fueron los objetivos que guiaron la adopción de la ley 1438 y aclara que ésta no dispone que no se pueda ampliar la cobertura, sino que persigue que los recursos de la UPC no se distraigan de su destino. Por tanto, asegura que el precepto es acorde con los principios del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales y con la consagración constitucional de la seguridad social.

De otro lado, después de reiterar que no se formuló un cargo concreto sobre el desconocimiento de la libertad de empresa, señala que en todo caso no se vulnera ya que “(...) las Empresas no pueden manejar de forma caprichosa los dineros de la salud”.

Por último, indica que los recursos de la UPC son del sistema y no de las EPS, de modo que deben destinarse a su función propia, y señala que, como indicó la Sección Primera del Consejo de Estado, es un hecho notorio que la dilación en los pagos de las EPS a las IPS no se debe solamente a la demora de los recobros ante el Fosyga, sino también al uso de los recursos parafiscales a actividades distintas al aseguramiento, como inversiones en el exterior, operaciones de leasing, contratos de compraventa de clínicas y edificios, adquisición de equipos hospitalarios, etc., lo cual justifica la expedición del precepto demandado.

1.3.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Defiende la constitucionalidad del inciso demandado, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.3.1. Afirma que la disposición acusada busca que la UPC solo se utilice para garantizar correctamente el acceso a los servicios de salud de los afiliados, atendiendo a su naturaleza parafiscal.

1.3.3.2. Rechaza el argumento del demandante en el sentido de que la parafiscalidad de la UPC es temporal. El Ministerio, con sustento en sentencias de la Corte Constitucional y normativa vigente, indica que la UPC conserva su naturaleza parafiscal y en ningún caso se convierte en recursos privados. Explica que su finalidad no es simplemente el pago de los servicios administrativos que prestan las EPS, sino la financiación de los costos de los servicios de salud comprendidos en los planes obligatorios.

Agrega que desde la ley 100 de 1993, “(...) la UPC se reconoce como una prima anual por cada afiliado al Sistema, por lo cual es totalmente incorrecto decir que la parafiscalidad de la misma se limita a un mes, cosa distinta es que se gire mes a mes a las EPS por efecto de la compensación en el régimen contributivo, y por la liquidación de afiliados en el régimen subsidiado.” Sostiene que esta misma conclusión se deduce de las reglas contables del Plan Único de Cuentas –PUC- de las EPS, expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, según el cual “(...) la UPC son los ingresos operacionales de las EPS a los cuales deben aplicarse todos los costos POS y otros gastos administrativos y financieros, y al final de la operación y de cada ejercicio fiscal puede resultar una utilidad o pérdida”. Por tanto, “(...) solo después del ejercicio fiscal, se pueden apropiar recursos cuando quiera que haya habido excedentes o utilidades, una vez atendidos los gastos por los servicios prestados”.

1.3.3.3. De otro lado, recuerda que el legislador tiene amplia libertad de configuración en materia de seguridad social y que, en todo caso, las libertades económicas no son absolutas y están limitadas por el interés general. En este contexto, aduce que la limitación de las libertades económicas de las EPS que se desprende del precepto demandado es proporcional, ya que (i) está justificada,



dado que busca salvaguardar los recursos del SGSSS, los cuales se han visto amenazados en el pasado por prácticas como la prohibida precisamente por el inciso acusado; y (ii) no elimina la posibilidad de las EPS de adquirir activos fijos, “(...) lo que hace es que la limita a que tal adquisición sea sólo con recursos propios de las empresas y no con recursos del SGSSS”.

1.3.3.4. Finalmente, pese a que defiende la constitucionalidad del precepto, el Ministerio solicita un fallo inhibitorio, puesto que considera que la demanda se fundamenta “(...) principalmente en un contenido normativo que no emana del texto de las disposiciones constitucionales supuestamente violadas, sino que surge de una interpretación subjetiva, distinta a la que contempla el tenor jurídico de dichas disposiciones” Además, alega que los argumentos no son claros, específicos, pertinentes ni suficientes –no explica las razones de esta apreciación.

1.3.4. Ministerio de Salud y Protección Social

1.3.4.1. De forma extemporánea, alega en primer lugar la ineptitud sustantiva de la demanda, por falta de pertinencia y suficiencia del cargo por violación del artículo 48 superior. A juicio del Ministerio, (i) la inconformidad del actor es de orden legal y no constitucional, “(...) porque la norma desde aquel punto de vista, aun desde sus antecedentes legislativos cuando señala los errores que en su criterio incurrió el legislador para su expedición, pero deja de un lado la argumentación que debe asistir para confrontarla con la Carta Política” ; (ii) la argumentación se fundamenta en razones de conveniencia, pues lo que se persigue es que se declare inconstitucional el precepto para “(...) poder ampliar la cobertura (...) debido a la necesidad que asiste a la población”; y (iii) el planteamiento es insuficiente, ya que solamente ofrece un argumento por violación del artículo 48 sin mayores elementos de juicio.

1.3.4.1.1. De forma subsidiaria, defiende la constitucionalidad del precepto, por las siguientes razones: Asevera que el inciso demandado desarrolla el artículo 48 de la Carta, así como los artículos 9 y 212 de la ley 100, pues busca evitar el desvío de los recursos del sistema. Precisa que “(...) si bien no hay prohibición legal para que las EPS presten los servicios de salud a través de los activos fijos que tengan para ese fin, ello no quiere decir que los recursos con los que hacen las inversiones en dichos activos fijos, puedan ser los recursos parafiscales del sistema”. Finalmente, recuerda que la Superintendencia Nacional de Salud ya había clasificado la práctica que prohíbe la disposición como insegura e ilegal.

1.4. OTRAS INTERVENCIONES

1.4.1. Ciudadana Alba Patricia Céspedes Sanabria

Solicita que el precepto demandado sea declarado inexecutable, por las siguientes razones:

1.4.1.1. Asegura que el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 viola el artículo 13 superior, ya que conlleva un trato discriminatorio para las EPS respecto de otras entidades del Sistema General de Seguridad Social que también manejan recursos parafiscales, como las cajas de compensación familiar.

Argumenta que la ley 21 de 1982 autoriza a las cajas de compensación familiar –entidades privadas– a apropiarse recursos parafiscales –los provenientes del subsidio familiar– para ampliar su infraestructura de prestación de servicios, la cual comprende oficinas administrativas, supermercados, teatros, auditorios, centros vacacionales, etc.



Indica que un tratamiento similar se había dado a las EPS en la ley 100, pero la ley 1438 lo eliminó al prohibir el uso de la UPC para el desarrollo de la infraestructura de las EPS. En sentir de la interviniente, este trato diferenciado no tiene justificación, toda vez que tanto las cajas de compensación familiar como las EPS “(...) son entidades en las que los particulares participan con el Estado en la prestación del servicio público de Seguridad Social. En ambos sistemas, los recursos con los que se financian los servicios que reciben los usuarios, son de naturaleza parafiscal. Así mismo, en los dos regímenes, la prestación efectiva de los servicios de la Seguridad Social, comporta que las entidades cuenten con una infraestructura para realizar dicha labor. Además, en ambos regímenes, el legislador autoriza a los entes operadores a prestar los servicios directamente o mediante la contratación de terceras entidades.”

1.4.1.2. Por otra parte, afirma que la disposición demandada lesiona el inciso primero del artículo 49 constitucional, puesto que al limitar el uso de la UPC para la compra de activos fijos, y en vista de la insuficiencia de IPS en el país, terminó por imponer una barrera que afecta la materialización del derecho constitucional al acceso a los servicios de salud.

Explica que el derecho a la salud, en términos de la sentencia T-760 de 2008 y del Código Iberoamericano de Seguridad Social, exige la existencia de un conjunto suficiente de personas e instituciones que presten servicios de salud. Aduce que originalmente la ley 100 permitía que la UPC se destinara al cumplimiento de dicha exigencia, lo que permitió a las EPS desarrollar nuevas IPS adicionales a las de naturaleza pública. Señala que la ley 1438 elimina esta posibilidad, pese a la existencia de datos estadísticos que muestran la insuficiencia de la red actual de instituciones y de reportes en el mismo sentido de la Defensoría del Pueblo.

1.4.2. Ciudadano Javier Mauricio Sabogal Jaramillo

Solicita que se declare la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438, en el entendido que “(...) los recursos para la atención en salud no pueden usarse por las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales para adquirir activos fijos diferentes a los hospitalarios y médicos y asociados a la prestación del servicio de salud. Solamente con el producto de los excedentes de liquidez de la UPC y de los recursos que no son para la atención en salud (reembolsos de recobros NO POS, reclamaciones ECAT, multas y sanciones, recobros ARP, préstamos bancarios, rendimientos financieros de recursos propios) se pueden usar para adquirir activos fijos tanto médicos y hospitalarios como los que no lo sean, como en actividades distintas a la prestación de servicios de salud” Los fundamentos de su solicitud son los siguientes:

1.4.2.1. Para comenzar, explica que existen interpretaciones derivadas de sentencias de la Corte Constitucional según las cuales todos los recursos que reciben las EPS, IPS, clínicas y hospitales deben destinarse a la prestación de servicios de salud, lo que en sentir del interviniente se traduce “(...) en la mera gestión de pago de facturas médicas por prestación de servicios de salud” . Afirma que tal interpretación ha impedido a las EPS e IPS “(...) organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el POS mediante la adquisición de equipos médicos, adecuaciones hospitalarias, centros médicos, clínicas y hospitales necesarios para la adecuada prestación del servicio de salud”. Alega que esta exégesis también ha generado inseguridad jurídica a los actores del sistema sobre los precios límite de la destinación específica de la UPC y de los demás recursos obtenidos.



1.4.2.2. Asegura que efectivamente la UPC es un recurso parafiscal, en tanto, según la Constitución, debe destinarse a los fines de la seguridad social. Sin embargo, asegura que dentro de los fines de la seguridad social “(...) se encuentra la posibilidad de adquirir activos fijos asociados a la prestación de servicios de salud”.

Agrega que existen antecedentes de actividades que no son directamente prestación de servicios de salud, pero que han sido consideradas –con aval de la Corte Constitucional- asociadas a la organización y gestión del servicio y, por tanto, legítimas destinatarias de los recursos parafiscales del sistema de salud. Algunas de estas actividades son: la prestación de servicios por las EPS a través de sus propias IPS con un límite del 30% -sentencias C-616 de 2001 y C-1041 de 2007-, la transferencia de recursos parafiscales a las nuevas entidades creadas como consecuencia de la escisión de las clínicas del Seguro Social –sentencia C-349 de 2004-, gastos de administración –sentencia C-824 de 2004-, el funcionamiento de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) –sentencia C-955 de 2007-, el transporte aéreo medicalizado –sentencia C-714 de 2008- y la telemedicina –sentencia C-593 de 2010-. Sugiere que la adquisición de activos fijos para la prestación del servicio se asemeja a las anteriores actividades.

Manifiesta que la normativa reglamentaria, hasta antes de la ley 1438, había seguido la misma lógica y considerado admisible la adquisición de activos fijos con recursos de la UPC. En respaldo, cita el artículo 13 del decreto 1804 de 1999, el cual prohibía a las antiguas ARS adquirir bienes inmuebles o realizar inversiones en compra o arrendamiento financiero con cargo a la UPC, “(...) salvo aquel porcentaje que resulte al deducir del 100% del ingreso los valores porcentuales necesarios para cancelar en forma oportuna las obligaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud conforme las disposiciones legales y contractuales vigentes y los recursos necesarios para el pago de sus empleados y servidores.”

Concluye lo siguiente:

“(...) la función y naturaleza de la UPC no está dirigida únicamente a actividades propias de la prestación de servicios de salud, sino que se ha tenido la convicción invencible que abarca la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud, lo cual comprende estructuras administrativas que sustenten la prestación de servicios médicos; la realización de actividades y servicios útiles no médicos y en muchos casos indispensables para el servicio; el soporte funcional y de infraestructura para hacer posible su adecuada prestación; condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería del servicio de salud. Todo ello requiere que se necesiten y se tengan que adquirir activos, bienes y servicios médicos y administrativos para lograr tal fin. No resulta lógico que se pretenda el suministro adecuado y eficiente de la prestación de un servicio de salud, sino se cuentan (sic) con las estructuras, activos y acondicionamiento médico y hospitalarios adecuados para poder llevar a cabo dicha prestación”.

1.4.2.3. Por otra parte, indica que el inciso demandado conlleva una restricción desproporcionada de la libertad de empresa y de la libre competencia de las EPS e IPS, en tanto impide de forma absoluta que con recursos de la UPC se adquiera la infraestructura médica necesaria para la adecuada prestación del servicio. En criterio del interviniente, la prohibición “(...) es válida en la medida que se considere que los activos fijos que no se pueden adquirir, son aquellos que no tengan relación con la prestación de servicios de salud, ó que las actividades distintas a la prestación de servicios de salud, no correspondan a actividades dirigidas para lograr la efectiva y material la prestación (sic) de servicios de salud”.



1.4.2.4. Aclara que el inciso demandado no tiene como únicos destinatarios las EPS, sino también las IPS, clínicas y hospitales, toda vez que estas últimas tienen como fuente de recursos los pagos de las EPS con dineros de las UPC. Por ello solicita que se aclare qué recursos de las IPS, clínicas y hospitales están afectados por la prohibición materia de censura.

1.4.2.5. Explica que la UPC tiene dos grandes componentes: (i) el gasto en salud, que comprende el gasto destinado a la prestación de servicios de salud, y (ii) el gasto administrativo asociado al costo de la salud, el cual cubre los gastos administrativos y los excedentes. Argumenta que el inciso demandado, en tanto emplea la expresión “los recursos para la atención en salud”, se refiere solamente al gasto en salud, de modo que el componente administrativo de la UPC sí se puede utilizar para la adquisición de activos fijos. Asegura que de adoptarse una interpretación contraria, se impediría a las IPS, hospitales y clínicas adquirir activos fijos con los recursos que reciben de las EPS, lo cual crearía un trato desigualitario y les impediría ampliar y mejorar su infraestructura para la prestación del servicio.

Respecto a los excedentes –componente del gasto de administración–, los cuales el interviniente afirma que sí se pueden emplear en la compra de activos fijos, solicita que se precise si son excedentes de liquidez o utilidad neta. Explica que esta aclaración es importante, “(...) puesto que ha resultado que hay instituciones que luego de cumplida la finalidad de la prestación del servicio de salud obtienen un excedente de liquidez mucho mayor que la utilidad contable, pero ha surgido la discusión que solo la utilidad contable es el remanente y la diferencia con el excedente de liquidez, debe quedarse inmovilizado en cuentas bancarias sin poderse destinar a infraestructura”. En sentir del interviniente, aclarar este punto es indispensable, pues la interpretación antes citada va en contra de la eficiencia del sistema e impide que los excedentes de liquidez que se obtienen de la UPC, luego de cumplida la finalidad de prestación del servicio, puedan utilizarse para la adquisición de activos fijos y otras actividades dirigidas a ampliar la cobertura del sistema.

1.4.2.6. Para terminar, señala que si la Corte concluye que el precepto acusado es constitucional, “(...) resulta necesario que se aclare con qué tipo de recursos pueden las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales ampliar y mejorar su infraestructura hospitalaria”. En particular, pide que se resuelvan los siguientes interrogantes: (i) si “(...) puede decirse que estas instituciones pueden adquirir activos fijos con la ‘utilidad o excedente operacional resultante’ que quede luego de prestar el servicio de salud”; (ii) si pueden hacerlo “(...) con recursos diferentes a los públicos parafiscales que administran”; y (iii) si “(...) los reembolsos por recobros NO POS, los pagos por reclamaciones ECAT a IPS, Clínicas y Hospitales, los recobros de Riesgos Profesionales, las multas y sanciones, los préstamos bancarios obtenidos, los pagos que realiza el FOSYGA al Consorcio Administrador Fiduciario, los pagos que realiza el FOSYGA por apoyo técnico auditoría y remuneración fiduciaria, los rendimientos financieros diferentes a las cotizaciones, las indemnizaciones por seguros, la venta de activos, son recursos públicos”.

1.4.3. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi)

Solicita que se declare inexecutable el precepto acusado, con fundamento en las siguientes razones:

1.4.3.1. En primer término, aclara que la UPC “(...) ha sido prevista por la Ley 100 de 1993 como el pago que se realiza a las EPS por la organización y garantía de acceso a los servicios incluidos en el POS, remunerando de esta manera todas las responsabilidades asignadas por la Ley y que van más allá del acto médico o de la prestación”



También afirma que las EPS son una *agencia* dentro del sistema a quienes corresponde, de un lado, la administración de riesgos tanto financieros como de salud, y de otro, la administración del acceso a los servicios de salud; en consecuencia, asegura que las EPS deben realizar una serie de actividades que desbordan el concepto estricto de prestación de servicios de salud del POS. Entre las actividades que no son en estricto sentido servicios de salud del POS, menciona: administración de bases de datos, afiliación y registro de los usuarios, promoción de la afiliación, selección de la red de prestadores de servicios, gestión de la red de prestadores de servicios, control del consumo de servicios, monitoreo de la calidad, suministro de información a los usuarios, establecimiento de sistemas de costo, facturación y publicidad, prestación de servicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, recaudo de cotizaciones y proceso de compensación.

Explica que para el desarrollo de las anteriores actividades, las EPS deben incurrir en gastos distintos a los administrativos, y en ocasiones adquirir activos fijos como software para simplificar trámites administrativos y asignar citas y autorizaciones, computadores, impresoras, escritorios, etc.

1.4.3.2. Por lo anterior, alega que restringir el uso de la UPC únicamente para el pago de servicios de salud e impedir que se invierta en activos fijos es contrario a la Constitución, pues para el cabal cumplimiento de sus funciones, las EPS deben invertir en tales activos. Señala que por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el cubrimiento de los gastos administrativos no es una desviación de los recursos de salud -sentencias C-1489 de 2000 y C-1040 de 2003-.

1.4.3.3. Acemi también expresa que la Corte Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de la participación privada en el sistema de salud y de la posibilidad de que reciba una utilidad. Sin embargo, indica que “[e]sto implica la definición del momento en el cual los recursos cumplen con su finalidad y se constituyen en un ingreso para la EPS, cuestión que desconoce plenamente la norma demandada, pues impide la liquidación de excedentes o utilidades una vez se haya cumplido con la finalidad establecida por el legislador y la constitución”.

Agrega que dada la naturaleza de la actividad que desarrollan las EPS –gestión de riesgo- la UPC debe ser considerada una prima en términos del derecho de los seguros, es decir, el precio del aseguramiento. En consecuencia, catalogar la UPC como recurso público, “(...) desvirtúa su naturaleza y convertiría a las EPS ya no en asegurador sino en un administrador delegado, debiendo en este caso el Estado asumir las desviaciones de la siniestralidad y en consecuencia el mayor gasto en salud que pueda presentarse en un periodo determinado de tiempo”. En criterio de la entidad, si la UPC es una prima de seguro que se devenga según el tiempo transcurrido del riesgo, las EPS pueden incorporar los excedentes o utilidades a su presupuesto y darles el manejo que la ley permite según la naturaleza de la entidad.

1.4.3.4. Aduce que el precepto es inconstitucional porque no establece límites de la medida de intervención económica en el mercado de salud que contiene. Manifiesta que ello se debe a que el precepto no precisa (i) “(...) si se entiende por gasto destinado a la prestación del servicio el gasto requerido para cumplir con las demás funciones diferentes de la prestación del servicio de salud (...), que no se enmarcan dentro del concepto de gasto administrativo”; (ii) “(...) si tanto el gasto administrativo, el gasto por las demás funciones asignadas, así como el gasto médico se entienden destinados a la prestación del servicio de salud”; y (iii) “(...) en qué momento los recursos de la UPC se convierten en recursos propios de la EPS, para que en tal caso, puedan ser invertidos en infraestructura”.



1.4.3.5. Considera que la medida acusada es desproporcionada, ya que “[i]ndudablemente en algún momento la UPC pierde su naturaleza parafiscal y su destinación específica para la prestación del POS, pues lo contrario equivaldría a sostener que las EPS no tienen derecho a una legítima ganancia”. En este orden de ideas, afirma que la falta de proporción de la medida deriva (i) “(...) del hecho de que para prohibir que las EPS inviertan en hospitales y edificios cuando la UPC todavía tienen naturaleza parafiscal, se le impide de manera perpetua hacer dichas inversiones incluso cuando la UPC pierde la naturaleza parafiscal” (énfasis eliminado); y (ii) de la inconducencia de la medida para lograr el fin de evitar la desviación de los recursos y la desproporcionalidad en estricto sentido que genera, toda vez que impide que las EPS puedan cumplir todas sus funciones.

1.4.3.6. Finalmente, alega que el precepto demandado impide al Estado la prestación eficiente del servicio de salud, con fundamento en las mismas razones por las cuales asegura que se vulnera el principio de proporcionalidad.

1.4.4. Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos (Acesi)

Defiende la constitucionalidad de la disposición demandada, por las siguientes razones:

1.4.4.1. Sostiene que la Constitución y la ley definen que los recursos de la UPC son parafiscales y deben destinarse a la prestación de servicios de salud. Sugiere que el precepto demandado es acorde con esta regla.

1.4.4.2. Indica que la propia ley 1438 impone un margen de comercialización del 10% de la UPC a favor de las EPS, porcentaje que debe destinarse a gastos de administración y organización de los servicios.

1.4.4.3. Asegura que el demandante lo que pretende es que se traslade el fortalecimiento de la infraestructura de la red privada al tesoro público, situación que constituye delito de peculado. Además, alega que el actor “[p]retende erróneamente hacer creer que el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Colombia tiene directa relación con el fortalecimiento de la infraestructura de la red hospitalaria, y peor aún, no hace una distinción entre red privada y red pública” .

1.4.4.4. Resalta que debe diferenciarse el patrimonio propio de las EPS de los recursos parafiscales que administran, para lo cual resultan útiles las normas sobre patrimonio técnico de las EPS y sobre las operaciones exentas del IVA y del Gravamen a los Movimientos Financieros.

1.4.5. Ciudadana Lina Vargas García

Solicita que la disposición demandada se declare exequible de forma condicionada, con base en los siguientes argumentos:

1.4.5.1. Manifiesta que existe una interpretación de la disposición demandada que puede resultar contraria a la Carta; ésta consiste en la prohibición de que las EPS utilicen los recursos parafiscales que administran para adquirir activos fijos, “(...) incluso cuando dicha adquisición tiene el propósito de ampliar la cobertura del sistema de salud”. Esta lectura, a juicio de la interviniente, se opone al artículo 48 superior –no explica las razones-.



1.4.5.2. Luego, en virtud del principio de conservación del derecho, solicita a la Corte que module su fallo y que declare exequible el precepto “(...) con la condición de que se entienda que las EPS no pueden adquirir, con los recursos de la salud, activos fijos que no estén destinados a ampliar la cobertura del sistema o que no sirvan para mejorar la infraestructura de las redes hospitalarias destinadas a absorber la demanda de salud de los colombianos”.

1.4.6. Universidad del Sinú

De forma extemporánea, señala que la disposición se ajusta a la Constitución, toda vez que no impone un obstáculo a la ampliación de la cobertura del SGSSS ni limita de forma inconstitucional la participación de los particulares en el mismo. Además, recuerda que los recursos del sistema tienen una destinación específica, la cual se desviaría si se admitiera su uso para la adquisición de activos fijos.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considera que el precepto demandado es exequible; su conclusión se fundamenta en las siguientes razones:

1.5.1. Asegura que si bien es cierto los particulares pueden participar en la prestación de los servicios públicos, la obligación de garantizar la prestación eficiente, incluida la ampliación de la cobertura, está en cabeza del Estado.

1.5.2. Aclara que la participación de los particulares es voluntaria y responde a un interés económico derivado de su inversión, la cual, en el SGSSS, se recupera con los pagos que reciben por la atención prestada, específicamente con el 10% de la UPC que corresponde a gastos de administración. Afirma que ese porcentaje “(...) deja un margen razonable para acometer, soportar, apoyar o respaldar inversiones en activos fijos, dentro de la economía de escala que se maneja en el sector”. En este orden, sostiene:

“Los particulares pueden, si así lo desean, ampliar la cobertura por medio de la inversión directa de sus propios recursos, de nuevo aportes de capital o de bienes, o utilizando alguno de los recursos de financiación disponibles en el mercado financiero o de capitales. Lo que no pueden hacer, ni aspirar a hacer, es financiar este tipo de inversiones con recursos ajenos, destinados de manera exclusiva a la seguridad social”.

Luego agrega: “(...) la participación de los particulares en la extensión de la cobertura del servicio público de salud, en lo que a activos fijos se refiere, es y debe ser el resultado del estímulo empresarial en la participación en esa actividad económica y no de la desviación o apropiación indebida de dichos recursos”.

1.5.3. Por último, aduce que el artículo censurado responde al mandato constitucional de destinación específica de los recursos del sistema de salud.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de



inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada hace parte de una ley de la República.

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

2.2.1. El demandante alega que el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 vulnera el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución, por las siguientes razones:

Afirma que el inciso demandado tiene el siguiente contenido normativo: prohíbe a las EPS utilizar los recursos de la salud, específicamente los de la UPC, incluidos los excedentes que quedan después del pago de los servicios médicos a su cargo, para adquirir activos fijos con el fin de ampliar su infraestructura médica –bajo el modelo de integración vertical- y ofrecer mejores servicios a sus afiliados.

Por otra parte, asegura que el inciso tercero del artículo 48 de la Carta tiene los siguientes contenidos normativos: (i) impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, (ii) la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y (iii) asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

A partir de las anteriores premisas, sostiene, en primer lugar, que el inciso acusado desconoce el primer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48 superior, ya que (i) impide que las EPS – como particulares- contribuyan al cumplimiento de la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud, mediante la inversión de los excedentes de la UPC en infraestructura médica y otros activos necesarios para mejorar la prestación del servicio, y por tanto, (ii) obstaculiza que confluyan en este propósito tanto los recursos privados como los públicos.

En segundo lugar, aduce que el inciso demandado vulnera el segundo contenido normativo del inciso tercero del artículo 48, toda vez que dificulta el cumplimiento de la obligación de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud, la cual comprende no solamente el aumento del número de afiliados, sino también la extensión de la infraestructura hospitalaria del país. Afirma que en Colombia existe un déficit importante en esta materia, pese a lo cual el Legislador prohibió el uso de los excedentes de la UPC para estos efectos, solamente con miras a mejorar el flujo de recursos hacia las IPS. Asevera que de esta forma el Legislador eliminó el único mecanismo que existía de gestión conjunta del Estado y los particulares para la creación progresiva de nuevas instituciones de salud, sin prever un medio sustituto que permita continuar cumpliendo la obligación constitucional.

En tercer lugar, el demandante indica que el precepto acusado adolece de una omisión legislativa relativa derivada del incumplimiento del tercer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48. En su criterio, esta omisión se presenta porque el Legislador eliminó el mecanismo que antes existía para ampliar la cobertura y no previó un medio sustituto para el efecto, pese a que el artículo 48 superior le impone esa obligación.

2.2.2. Los ministerios del Interior, Hacienda y de Salud aseguran que los cargos planteados por el actor no cumplen los requisitos exigidos por esta Corporación para generar un debate constitucional, y por ello solicitan un fallo inhibitorio.

El primero considera que los cargos del demandante carecen de certeza, pues se fundamentan en interpretaciones subjetivas sobre la naturaleza de la UPC. A juicio del Ministerio del Interior, es



indudable que se trata de un recurso parafiscal, de modo que la demanda se basa es una premisa falsa.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público también estima que los cargos no reúnen el requisito de certeza, pero por fundamentarse en un contenido normativo que no emana de las disposiciones constitucionales que se alegan violadas. Además, asevera que los cargos carecen de claridad, especificidad y pertinencia, pero no explica las razones de su afirmación.

Por último, el Ministerio de Salud –de forma extemporánea- estima que los cargos adolecen de pertinencia y suficiencia, ya que (i) la inconformidad del actor es de orden legal y no constitucional –no es clara la razón de esta afirmación-; (ii) la argumentación se fundamenta en razones de conveniencia, en particular la necesidad que asiste a la población de que se amplíe la cobertura del sistema de salud; y (iii) el planteamiento no ofrece suficientes elementos de juicio para generar un debate constitucional –no se explica con detalle este argumento-.

2.2.3. Por otra parte, la Superintendencia Nacional de Salud, los ministerios del Interior, Hacienda y Salud –estos últimos como argumento subsidiario-, Acesi, la Universidad del Sinú y la Procuraduría defienden la constitucionalidad de la disposición demandada. Sus argumentos coinciden en términos generales y pueden resumirse de la siguiente manera: (i) cuando los particulares participan en la prestación de un servicio público –como las EPS-, deben sujetarse a las normas de orden público que regulan la materia; (ii) de acuerdo con el artículo 48 constitucional y la normativa vigente, las UPC que reciben las EPS son recursos parafiscales –es decir de naturaleza pública- que deben aplicarse directamente a la prestación del servicio de salud; (iii) la naturaleza parafiscal y la destinación específica de los recursos de la UPC no desaparecen con el paso del tiempo; (iv) el Legislador y la Administración tienen competencia para establecer controles sobre el manejo de los recursos del SGSSS; (v) la medida de control que establece el precepto demandado constituyen una restricción proporcionada de las libertades económicas de los particulares que concurren a la prestación del servicio de salud –como las EPS-, pues persigue una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional –evitar que se desvíen los recursos del sistema de salud- y no anula la posibilidad de tales actores de adquirir activos fijos con sus propios recursos –como el margen de utilidad que les corresponde a las EPS-; y (vi) no es cierto que el flujo de recursos del SGSSS tenga relación directa con el fortalecimiento de la infraestructura hospitalaria del país, en otras palabras, la medida acusada no obstaculiza la ampliación de la infraestructura (este argumento, expuesto por Acesi y la Universidad del Sinú, no es desarrollado).

2.2.4. Por el contrario, Alba Patricia Céspedes Sanabria y Acemi apoyan la demanda y solicitan que se declare inexecutable el inciso demandado. La ciudadana alega que el precepto materia de examen vulnera (i) el artículo 13 de la Constitución, ya que conlleva un trato discriminatorio para las EPS respecto de otras entidades del Sistema General de Seguridad Social que también manejan recursos parafiscales, como las cajas de compensación familiar, a quienes no se impone una prohibición como la censurada; y (ii) desconoce el artículo 49 superior, por cuanto al limitar el uso de la UPC para la compra de activos fijos, y en vista de la insuficiencia de IPS en el país, terminó por imponer una barrera que afecta la materialización del derecho constitucional al acceso a los servicios de salud.

Acemi, por su parte, (i) explica que la UPC que se entrega a las EPS remunera las responsabilidades que estas entidades tienen asignadas dentro del SGSSS, y que pueden resumirse en administración de riesgos financieros y de salud, y administración del acceso efectivo a los servicios por los usuarios; por tanto, la UPC tiene la naturaleza de una prima de seguro que se devenga según el tiempo transcurrido del riesgo asegurado. Una vez transcurrido ese tiempo, las EPS pueden incorporar los



excedentes o utilidades a su presupuesto y darles el manejo que deseen con sujeción a la ley. La disposición demandada desconoce esa naturaleza de la UPC al imponer restricciones absolutas a su destino. (ii) Adicionalmente, señala que el precepto acusado contiene una medida de intervención económica para la que no se previeron límites, como exige la Carta Política, pues no se precisa el concepto de “gasto destinado a la prestación del servicio”, ni se indica cuándo los recursos de la UPC se convierten en recursos propios de las EPS. (iii) Finalmente, argumenta que la medida es desproporcionada porque genera una prohibición absoluta de inversión de la UPC –incluso cuando pierde su naturaleza parafiscal- en infraestructura, y por esta vía, impide a las EPS cumplir sus responsabilidades y afecta la eficiencia del sistema.

2.2.5. Por último, los ciudadanos Javier Mauricio Sabogal Jaramillo y Lina Vargas García comparten varios de los argumentos de quienes alegan la inconstitucionalidad del precepto, pero consideran que el problema puede solucionarse con un fallo de exequibilidad condicionada.

El primero sostiene que dentro de los fines de la seguridad social a los que se debe destinar la UPC, es necesario que se entienda incluida la adquisición de activos fijos asociados a la prestación de servicios de salud, con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio. Por ello solicita que se declare exequible el inciso demandado en el entendido que “(...) los recursos para la atención en salud no pueden usarse por las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales para adquirir activos fijos diferentes a los hospitalarios y médicos y asociados a la prestación del servicio de salud. Solamente con el producto de los excedentes de liquidez de la UPC y de los recursos que no son para la atención en salud (...) se pueden usar para adquirir activos fijos tanto médicos y hospitalarios como los que no lo sean, como en actividades distintas a la prestación de servicios de salud”.

La segunda interviniente indica que para solucionar los problemas de constitucionalidad que generaría entender que la disposición demandada impone una prohibición absoluta del uso de los recursos de la UPC para compra de activos fijos, aquella deben declararse exequible en el entendido que “(...) las EPS no pueden adquirir, con los recursos de la salud, activos fijos que no estén destinados a ampliar la cobertura del sistema o que no sirvan para mejorar la infraestructura de las redes hospitalarias destinadas a absorber la demanda de salud de los colombianos” .

2.2.6. En este orden de ideas, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: en primer lugar, si la demanda reúne los requisitos necesarios para suscitar un examen de constitucionalidad del inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438; en segundo lugar, en caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, cuál es el alcance normativo del precepto demandado; y en tercer lugar, si como afirma el demandante, tal contenido desconoce el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución, porque (i) impide que los particulares participen en la ampliación de la cobertura del sistema, (ii) por esta vía, impone un obstáculo desproporcionado para el cumplimiento de dicho fin, y (iii) contiene una omisión legislativa relativa, en tanto el Legislador no definió la forma como se continuaría ampliando la cobertura con recursos diferentes a los de la UPC.

Para resolver estos interrogantes, la Sala analizará (i) cuál es el papel de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social en salud y, en especial, respecto de la ampliación de la cobertura del SGSSS; (ii) cuál es la naturaleza y destino de los recursos del SGSSS, específicamente de la UPC que se reconoce a las EPS; y (ii) cuál es el alcance de la obligación de “ampliación progresiva de la Seguridad Social”, específicamente en relación con la seguridad social en salud.

La Sala aclara que dada la naturaleza rogada del control constitucional de las leyes ordinarias –como a la que pertenece el precepto demandado-, solamente se ocupará de los cargos formulados por el



demandante y no de otros cargos presentados por los intervinientes relacionados con disposiciones constitucionales diferentes al artículo 48.

2.3. EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

2.3.1. El artículo 2° del decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con precisión el *objeto* demandado, el *concepto de violación* y la razón por la cual la Corte es *competente* para conocer del asunto. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 ibídem y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

2.3.2. En la sentencia C-1052 de 2001, la Corte precisó las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las razones presentadas por el actor tienen que ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*.

La *claridad* se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.

El requisito de *certeza* exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada.

La *especificidad* demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad.

La *pertinencia* se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones censuradas.

Finalmente, la *suficiencia* guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten *una duda mínima* sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

2.3.3. En esta oportunidad, la Sala considera que los dos primeros cargos del demandante reúnen los elementos necesarios para suscitar un debate constitucional, mas no así el tercero, como a continuación se explica:

2.3.3.1. El demandante señala con claridad cuál es la disposición demandada –inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438- y qué precepto constitucional considera infringido –inciso tercero del artículo 48-. Luego interpreta cada una de estas disposiciones. Respecto del precepto acusado, sugiere que prohíbe a las EPS el empleo de la UPC para la adquisición de activos fijos, específicamente, “(...) para el desarrollo de infraestructura propia con la cual ampliar y atender la prestación de servicios de salud para sus afiliados”. En este orden de ideas, interpreta que la



expresión “los recursos para la atención en salud” empleada por el inciso demandado se refiere específicamente a la UPC, y que unos destinatarios de la prohibición son las EPS.

De otro lado, el actor entiende que el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución comprende tres contenidos normativos: (i) impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, (ii) la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social –que incluye el servicio de salud-, y (iii) asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

La Sala considera que la exégesis del demandante del precepto censurado, además de ser clara, es *prima facie* razonable. Ciertamente, la UPC, en términos generales, constituye un recurso para la atención en salud, como lo ha reconocido esta Corporación en varias oportunidades. Además, es posible entender que las EPS son destinatarias de la prohibición contenida en el inciso acusado, ya que aunque no son expresamente mencionadas en éste, sí lo son en el inciso anterior, y en todo caso son administradoras de recursos para la atención en salud. En este orden de ideas, la Sala considera que en este respecto los cargos reúnen el requisito de certeza. Más adelante la Sala examinará si efectivamente esa es la interpretación que debe darse a la disposición.

La Sala también encuentra que el esfuerzo argumentativo que lleva a cabo el actor en relación con el inciso tercero del artículo 48 de la Carta es *prima facie* razonable, ya que (i) efectivamente la disposición señala que el Estado, con la participación de los particulares, debe ampliar la cobertura de la seguridad social; (ii) la salud es uno de los componentes del Sistema General de Seguridad Social de acuerdo con la ley 100; (iii) los instrumentos internacionales –algunos parte del bloque de constitucionalidad- que se citan en la demanda se refieren a la obligación de ampliación progresiva de los niveles de protección de la seguridad social en salud; y (iv) la parte final del inciso indica que la ley determinará la forma como se deben prestar los servicios. Lo anterior no significa que la Sala acoja la interpretación del demandante, simplemente la encuentra *prima facie* razonable a efectos de estructurar una demanda de inconstitucionalidad, con mayor razón examinada a la luz del principio *pro actione*.

Con fundamento en estas observaciones, la Sala concluye que los tres cargos que formula el demandante, en tanto se estructuran a partir de las interpretaciones antes examinadas, reúnen el requisito de certeza.

2.3.3.2. A juicio de la Sala, los cargos también reúnen el requisito de pertinencia, puesto que, de un lado, parten de un específico entendimiento del inciso tercero del artículo 48 superior, y de otro, generan dudas de orden constitucional sobre asuntos tales como el papel que la Constitución asigna a los particulares en la prestación del servicio de seguridad social en salud, cómo debe ampliarse progresivamente la cobertura del sistema desde el punto de vista de la infraestructura, y cuáles son las responsabilidades de los actores del sistema en el cumplimiento de este fin, entre otros.

En este punto la Sala discrepa de las apreciaciones del Ministerio de Salud. En primer lugar, estima que el actor no persigue una confrontación entre normas de naturaleza legal, sino un análisis del precepto demandado desde el punto de vista de las obligaciones que emanan del artículo 48 de la Carta, entendido a la luz de obligaciones internacionales del Estado colombiano en la materia.

En segundo lugar, para la Sala el segundo cargo del demandante no se basa en razones de conveniencia; el Ministerio afirma:



“(…) se advierten razones de conveniencia cuando so pretexto de alegar vulneración a la Carta, lo que evidencia es la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma para así, en su criterio, poder ampliar la cobertura en la prestación de servicios de salud debido a la necesidad que el asiste a la población”.

Por el contrario, para la Corte el cargo se desprende de la interpretación que el actor hace del inciso tercero del artículo 48 de la Constitución –el cual la Sala ya calificó como razonable–, específicamente de la obligación que a su juicio emana del precepto constitucional en el sentido de ampliar la cobertura de la seguridad social, de modo que no se fundamenta en razones de simple conveniencia.

2.3.3.3. En criterio de esta Corte, los dos primeros cargos son además suficientes, es decir, contienen todos los elementos de juicio necesarios para suscitar un debate constitucional, puesto que (i) parten de una interpretación razonable del precepto demandado y de la disposición superior que se señala como infringida; y (ii) contienen argumentos que generan dudas sobre la constitucionalidad del precepto a la luz de preguntas como cuál es el papel que la Constitución le impone a los particulares en el marco de la prestación de los servicios de la seguridad social, y cómo debe entenderse la destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud a la luz de la obligación de ampliación de la cobertura, entre otras. Además, la demanda está acompañada de un análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia y de varios instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano, lo cual fortalece el alcance persuasivo de los dos primeros cargos (lo que no significa que la Sala comparta todas las conclusiones del demandante, como más adelante expone).

2.3.3.4. No ocurre lo mismo con el tercer cargo, es decir, para la Sala el demandante no estructura un cargo suficiente ni específico a la luz de la doctrina constitucional sobre la omisión legislativa relativa.

En materia de omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la demanda debe generar al menos un principio de duda de orden constitucional sobre la existencia de los siguientes elementos (i) la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo, en particular, esta Corporación ha precisado que el cargo debe referirse a un contenido normativo existente; (ii) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta; (iii) la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión; (iv) la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales; y (v) la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión

Además, cuando el cargo de omisión legislativa relativa se alega por ausencia de un elemento que por mandato constitucional debía ser previsto en la disposición acusada, la exigencia de especificidad demanda que el actor precise el ingrediente omitido y las razones por las cuales la Constitución exige indefectiblemente su inclusión

La Sala observa que si bien es cierto el demandante hace una interpretación razonable del inciso tercero del artículo 48 de la Carta y señala que impone al Legislador la obligación de “(…) determinar la forma como el Estado y los particulares deben desarrollar la ampliación progresiva de la cobertura de la prestación de servicios de la Seguridad Social” tal conclusión no contiene las razones por las



cuales –a juicio del demandante- existe un mandato imperativo dirigido al Congreso para definir tales aspectos en la disposición demandada; en este punto el cargo carece de especificidad.

Adicionalmente, el actor se limita a afirmar que “la forma como el Estado y los particulares deben desarrollar la ampliación progresiva de la cobertura de la prestación de servicios de la Seguridad Social” no es definida en el resto de la normativa que rige la materia; el demandante no explica las razones de tal afirmación ni aporta elementos de juicio que generen una duda al respecto. Advierte la Sala que tampoco elabora argumento alguno sobre la falta de justificación de la exclusión del supuesto elemento omitido, se limita a asegurar que el Legislador debía regular en el precepto demandado la materia. Por tanto, el cargo no es suficiente para generar una duda sobre la existencia de la presunta omisión legislativa relativa a la luz de la doctrina constitucional sobre el punto.

En vista de las anteriores consideraciones, la Sala no examinará el cargo de omisión legislativa relativa formulado por el demandante debido a su ineptitud, y se limitará al estudio de las dos primeras acusaciones.

2.4. EL PAPEL DE LOS PARTICULARES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.4.1. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el Estado debe, con la participación de los particulares, ampliar progresivamente la cobertura del servicio.

El artículo 48 constitucional señala algunos lineamientos de cómo se debe garantizar derecho y el servicio público de la seguridad social, pero no delimita su contenido. Para ello es necesario acudir al bloque de constitucionalidad, a otros instrumentos internacionales y a la jurisprudencia de esta Corporación, entre otros.

Tenemos entonces que según los artículos 22 y 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “[t]oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” y “[t]oda persona tiene derecho (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce brevemente el derecho a la seguridad social, mientras el artículo 9 del Protocolo de San Salvador dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

Para la Sala se destaca particularmente la definición propuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –intérprete autorizado del PIDESC- en su Observación General 19,



porque recoge los elementos más importantes de la regulación internacional. De acuerdo con este documento:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”

En sentido similar, esta Corporación ha señalado que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad “(...) la cobertura de ciertas contingencias como la incapacidad laboral, la muerte o la vejez ‘mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determine la Ley’”.

2.4.2. En desarrollo del artículo 48 superior en concordancia con el derecho internacional de los derechos humanos, la ley 100 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual comprende un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, cuya finalidad es la cobertura integral de las contingencias que afectan la calidad de vida de las personas, especialmente las que menoscaban su salud y su capacidad económica.

Dado que una de las contingencias contra las que protege el derecho a la seguridad social es el deterioro de la salud, el Libro II de la ley 100 creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como uno de los subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral, cuya finalidad es “(...) regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. En consecuencia, este subsistema debe orientarse tanto por el artículo 48 como por el 49 –sobre el derecho fundamental a la salud- de la Constitución.

2.4.3. El artículo 48 superior señala como principal sujeto pasivo del derecho a la seguridad social y, por tanto, como principal responsable de la prestación del servicio público de seguridad social, al Estado. Según dicho precepto, en términos generales, el Estado debe dirigir, coordinar y controlar la prestación del servicio, y ampliar progresivamente su cobertura. En lo que respecta a la protección frente a las contingencias que deterioran la salud, de acuerdo con el artículo 49 *ibídem*, es obligación del Estado (i) garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; (ii) organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud; (iii) establecer políticas para la prestación de dichos servicios por entidades privadas; (iv) ejercer vigilancia y control sobre estas últimas; (v) diferenciar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en la materia; y (vi) definir los aportes a cargo de cada uno de estos actores, de conformidad con la ley, es decir, establecer las fuentes de financiación.

Todas estas funciones fueron sistematizadas en la sentencia T-760 de 2008 de la siguiente manera:

“(...) para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) *organizar*, (ii) *dirigir* y (iii) *regular* la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su *vigilancia* y (vi) *control*; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de



los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.”

En resumen, el principal responsable de la garantía del derecho a la seguridad social y del servicio a que tal derecho da lugar, es el Estado. A él corresponde organizar, dirigir y regular el servicio con miras a garantizar los mandatos constitucionales.

2.4.4. Sin embargo, el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio. Así, este precepto se refiere a los particulares en dos oportunidades: en el inciso tercero para señalar que el Estado, con la participación de los particulares, debe ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y en el inciso cuarto, cuando señala que el servicio podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. En el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud, el artículo 49 superior indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, quienes quedarán sujetas a su vigilancia y control, así como definir las competencias de dichas entidades.

Estas disposiciones muestran que la participación de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social, y específicamente en el ámbito de la salud, está condicionada a la regulación, vigilancia y control del Estado. En otras palabras, si bien es cierto la Constitución permite la participación de los particulares, éstos deben sujetarse a las reglas que establezca el Estado –a través del Congreso y el Ejecutivo-, quien puede definir los alcances de su participación con sujeción a la Carta Política, y someterse a su vigilancia y control. Además, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el poder de regulación de las libertades económicas en el ámbito del SGSSS es reforzado, en vista del interés público que reviste el servicio y su relación con la realización de varios derechos fundamentales, como la salud.

2.4.5. La jurisprudencia constitucional ha indicado que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración para regular la participación de los particulares en el SGSSS. No obstante, dicha regulación debe sujetarse a los límites que impone la Constitución, entre los cuales vale la pena destacar los principios de igualdad y proporcionalidad, y los núcleos esenciales de las libertades de empresa y de competencia. En este sentido, en la sentencia C-289 de 2008, la Corte destacó los siguientes aspectos que deben ser tenidos en cuenta para verificar si la regulación de la participación de los particulares en el SGSSS se ajusta a la Carta:

“(…) (i) que fuera llevada a cabo por ministerio de la ley; (ii) sin afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) obedeciendo a motivos suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía, que a su vez se compatibilicen con los principios constitucionales específicos del ámbito de la seguridad social como la solidaridad, la universalidad o la eficiencia; y (iv) respetando el principio de proporcionalidad que limita el margen de intervención estatal cuando esta afecta derechos”.

2.4.6. En resumen, el Estado es el principal obligado a garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud y, en consecuencia, el servicio público de seguridad social en salud a que dichos derechos dan lugar, que en el caso de Colombia se concreta en el SGSSS. Tal obligación se particulariza en las responsabilidades del Estado de coordinación, dirección, vigilancia y control de la operación del servicio. La Constitución prevé que los particulares pueden participar en la prestación del servicio, en los términos que determine la ley y los órganos rectores del SGSSS. Por tanto, el Legislador tiene libertad de configuración para regular la participación de los agentes privados, con



sujeción a los límites derivados de la Carta, como los principios de igualdad y proporcionalidad, y el núcleo esencial de las libertades económicas de las que son titulares.

2.5. NATURALEZA Y DESTINO DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.5.1. El artículo 48 de la Constitución indica que “[n]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

En el ámbito del SGSSS, la normativa define varias fuentes de financiación, como las cotizaciones que efectúan los afiliados al régimen contributivo y que son recaudadas por las EPS (artículo 182 de la ley 100), los pagos moderadores como pagos “compartidos, cuotas moderadoras y deducibles” (artículo 187 *ibídem*), parte de recursos del Sistema General de Participaciones, los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, recursos propios de las entidades territoriales (artículo 214 de la ley 100 modificado por el artículo 11 de la ley 1122), entre otros. En términos generales, estas fuentes de financiación están cobijadas por la prohibición del artículo 48 superior.

2.5.2. Para efectos de resolver los problemas jurídicos materia de esta providencia, interesa en particular la naturaleza y destino de las cotizaciones que el sistema percibe de los afiliados del régimen contributivo y la UPC que se reconoce a las EPS del régimen contributivo y del subsidiado. Al respecto, es importante hacer varias precisiones:

De conformidad con el artículo 177 de la ley 100, las EPS tienen, entre otras funciones, la de recaudar las cotizaciones de sus afiliados del régimen contributivo, por delegación del Fosyga. Según el párrafo del artículo 182 *ibídem*, los recursos originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema deben ser manejados por las EPS “en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad” .

El artículo 182 señala que con cargo a las cotizaciones recaudadas, el SGSSS reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada uno de sus afiliados, cuyo monto debe ser calculado “(...) en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería”.

El reconocimiento de la UPC, según el artículo 177, se hace de la siguiente manera en el régimen contributivo: las EPS-C deben girar al Fosyga –subcuenta de compensación- “(...) la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación”, es decir, una vez se define el número de UPC a las que tiene derecho una EPS del régimen contributivo –de acuerdo con su número de afiliados-, ésta debe apropiarse de las cotizaciones que ha recaudado y girar el excedente, si existe, al Fosyga. Si no existe excedente, de acuerdo con el decreto 1485 de 1994, la EPS puede solicitar al Fosyga el pago de los recursos que hagan falta de acuerdo con las UPC a que tenga derecho.

En el régimen subsidiado, de conformidad con el artículo 216-7 de la ley 100, en tanto no existen cotizaciones, los fondos seccionales, distritales y locales de salud deben girar a las EPS-S el valor de las UPC del régimen subsidiado que les corresponden según su número de afiliados. Estas UPC se financian con parte de las cotizaciones del régimen contributivo y otros recursos públicos de las entidades territoriales y de la Nación.



La UPC –junto con otros recursos que reciben las EPS- tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS en el marco del SGSSS y en un contexto de equilibrio. De acuerdo con los artículos 182 y 215 de la ley 100, además del recaudo de las cotizaciones en el régimen contributivo y la afiliación, la función principal de las EPS es “(...) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”. De forma similar, el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 explica que las EPS son responsables de cumplir la función de aseguramiento, la cual comprende “(...) la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario”.

Para el cumplimiento de estas funciones, el artículo 179 de la ley 100 dispone que las EPS “(...) prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales.”

2.5.3. Con el fin de hacer efectivo ese objetivo principal, la normativa prevé varias reglas a las que deben sujetarse las EPS para la administración de los recursos:

En primer lugar, el artículo 180 de la ley 100 indica que son requisitos de las EPS, entre otros, “[a]creditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación (...)”, “[a]creditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional”, y “[t]ener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.” Estos requisitos buscan asegurar la viabilidad financiera de las EPS y la disponibilidad de recursos suficientes para garantizar a los afiliados la prestación adecuada del POS.

En segundo lugar, la normativa prevé varias reglas dirigidas a evitar que la integración vertical –de las EPS e IPS- conduzca a prácticas lesivas de los afiliados, en particular abusos de la posición dominante; algunas de ellas son las siguientes:

El párrafo 1 del artículo 181 indica: “Cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.”

Más adelante, el párrafo 1 del artículo 183 *ibídem* señala que el Gobierno Nacional podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción, en los casos en los que las EPS presten directamente los servicios.

El artículo 15 de la ley 1122 establece, de un lado, que las EPS “(...) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud”, y de otro, que las EPS del régimen contributivo deben garantizar la inclusión en sus redes de IPS de carácter público. Como se indicó en la sentencia C-1041 de 2007, en la que se declaró exequible el artículo 15 de forma condicionada, ese precepto, aunque limita las libertades económicas de las EPS, se ajusta a la Carta, ya que lo hace de manera proporcionada en tanto persigue fines importantes como mejorar la calidad del servicio y controlar abusos de la posición dominante de las EPS, y se vale



de un medio conducente para el efecto –existen estudios que respaldaban la relación de causalidad de restricción con el mejoramiento del sistema-.

Por su parte, según el artículo 16 *ibídem*, las EPS del régimen subsidiado deben tener ciertos porcentajes mínimos de contratación con las empresas sociales del estado (ESE), de acuerdo con la disponibilidad geográfica y otros factores.

2.5.4. Esta regulación ha llevado a la Corte a concluir en varias oportunidades que los recursos de la seguridad social en salud, en particular las cotizaciones que se recaudan entre los afiliados al régimen contributivo, son contribuciones parafiscales y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica. Algunos de los fallos más importantes en la materia son los siguientes:

2.5.4.1. En la sentencia SU-480 de 1997, al revisar los fallos de tutela dictados con ocasión de varias solicitudes de amparo de afiliados al sistema, a quienes distintas EPS negaban varios medicamentos y procedimientos por no estar en el POS, la Sala Plena hizo un examen de la estructura financiera del SGSSS y resaltó lo siguiente: (i) los recursos que las EPS reciben – recaudan- por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son recursos parafiscales que, en consecuencia, deben ser administrados en cuentas diferentes a los de los recursos propios de las EPS; para estos efectos, las EPS actúan como meros recaudadores de recursos públicos; (ii) para que las EPS cumplan sus funciones, el SGSSS les reconoce una UPC por cada afiliado, cuyo valor es definido por los órganos rectores del sistema atendiendo a criterios indicados en la ley 100; (iii) la UPC debe destinarse por las EPS a garantizar el contenido del POS; (iv) no obstante, las EPS tienen derecho a una legítima ganancia

A continuación, la Corte recordó que, según la jurisprudencia constitucional, es obligación de las EPS suministrar todos los medicamentos y servicios prescritos por los médicos tratantes, incluso aquellos no señalados en el POS cuando esté de por medio la vida del paciente. No obstante, como los medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS no son remunerados por la UPC, la Corte indicó que en esos casos, para asegurar el equilibrio del sistema y no imponer una carga desproporcionada a las EPS, éstas podrían repetir contra el Estado, específicamente contra el Fosyga

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte concedió la tutela en los casos en los que existía orden del médico tratante y autorizó a las EPS a repetir contra el Fosyga.

2.5.4.2. En la sentencia C-1489 de 2000, en el marco del control constitucional de los artículos 215 y 216 de la ley 100 sobre la participación en la administración del régimen subsidiado de las antiguas ARS privadas, la Corte señaló que la destinación específica de los recursos del SGSSS no es incompatible con la participación de los particulares en la administración del sistema, lo cual incluye por su puesto sufragar sus gastos administrativos, entre otros.

La Corporación señaló que la participación de los particulares sería inconstitucional si “(...) la presencia de entidades intermediarias para la administración del RS, (...) estuviera explícitamente prohibida por alguna disposición de la Carta, o representara un costo irracional e innecesario, ya que, de ser así, su incorporación podría ser considerada un obstáculo para el logro de la universalidad, ya que la ley habría establecido un sistema manifiestamente ineficiente”.

Además recordó que la destinación específica de los recursos del sistema no se limita al acto médico. Al respecto, resaltó: “(...) por prestación del servicio de salud o de seguridad social en salud no puede entenderse únicamente la realización del acto médico sino también la ejecución de todos otros aquellos



aspectos de prevención, administración de recursos, divulgación y promoción, entre otros, que hacen posible y eficiente la acción directa de los profesionales de la salud.” En este orden de ideas, la Corporación precisó que no puede entenderse que el pago de los gastos administrativos –los cuales incluyen una legítima ganancia- de los particulares que participan en la administración del régimen subsidiado sea una desviación de los recursos de la salud, ya que “(...) los gastos administrativos de esas entidades, que son necesarios para la prestación efectiva del servicio médico”. Vale la pena destacar el siguiente aparte del fallo:

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

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

En tal contexto, no es razonable suponer que los gastos en que incurran las ARS para llevar a cabo su labor de administración del RS, y la legítima ganancia que esas entidades tienen derecho a obtener^[87], representen una desviación de los recursos de seguridad social. Otra cosa sería que la ley autorizara a esas entidades a utilizar esos fondos para labores sin relación con la prestación de los servicios de salud en el RS. Pero ello no es así, ya que, como bien lo destacan varios intervinientes, el ordenamiento ha sido cuidadoso en evitar que esos dineros se confundan con el presupuesto general de las ARS. Estas entidades deben diferenciar los recursos provenientes del RS de sus dineros propios, de conformidad con lo señalado tanto en el numeral 5 del artículo 24 como en el artículo 25 del decreto 1895 de 1994, precisamente para asegurar que los recursos de seguridad social no sean destinados a otros fines” (negrilla fuera del texto).

Luego, esta Corte concluyó que la participación de las antiguas ARS en el régimen subsidiado no constituía una decisión caprichosa del Legislador, pues según varias consideraciones técnicas y empíricas tenidas en cuenta, podía ayudar a mejorar la eficiencia del sistema.

Con fundamento en estas consideraciones se declararon exequibles los artículos 215 y 216 de la ley 100.

2.5.4.3. En la sentencia C-828 de 2001, al abordar una demanda contra el artículo 1º la ley 633 de 2000 por gravar con el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) todas las transacciones entre EPS e IPS, incluidos los pagos de los servicios del POS, la Corte sostuvo que los recursos del SGSSS son parafiscales, incluidos los pagos de las EPS a las IPS por contenidos del POS, y por tanto, no pueden ser gravados con impuestos generales como el GMF, so pena de violar el artículo 48 de la Constitución.



Respecto a la UPC, este tribunal precisó que representa el pago de los servicios administrativos en los que incurre la EPS, así como el costo de la prestación de los contenidos del POS, razón por la cual no puede catalogarse como una renta propia de las EPS. También aclaró que la UPC no puede interpretarse en estricto sentido como una prima de seguro, ya que la relación entre la EPS y sus afiliados no es la de un contrato de seguros clásico “(...) porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general”.

En el caso específico, la Corte observó que la disposición demandada no hacía distinción entre los contratos de prestación de servicios de salud cubiertos por el POS y los contratos de sobreaseguramiento en salud propios de los planes complementarios y demás servicios ofrecidos por las EPS, de modo que gravaba las dos transacciones por igual, lo que significaba una violación del artículo 48 superior. Por esta razón declaró exequible el precepto acusado en el entendido que “(...) la exención comprende las transacciones financieras que se realicen entre las EPS y las IPS y entre las ARS y las IPS con motivo de la prestación del Plan Obligatorio de Salud”.

2.5.4.4. En la sentencia C-1040 de 2003 en vista de una demanda contra el artículo 111 (parcial) de la ley 788 de 2002 bajo el argumento de que desconocía la destinación específica de los recursos de la seguridad social al gravar en porcentajes del 20% -en el régimen contributivo- y 15% -en el régimen subsidiado- los recursos que reciben las EPS de la UPC con el impuesto de industria y comercio, la Corporación explicó que los recursos del SGSSS son parafiscales y que la destinación específica cubre tanto los rubros dirigidos a la prestación de los servicios del POS, como los de gastos de administración del sistema, los cuales consideró que son los destinos de la UPC. Estos rubros, en consecuencia, señaló la Sala que no pueden ser materia de impuestos, pues ello alteraría la destinación específica, razón por la cual declaró inexecutable las expresiones “en el porcentaje de la Unidad de Pago Por Capitación, UPC, destinado obligatoriamente a la prestación de servicios de salud”, “Este porcentaje será para estos efectos, del ochenta por ciento (80%) en el régimen contributivo y del ochenta y cinco por ciento (85%) de la UPC en el régimen subsidiado” del artículo demandado.

2.5.4.5. En la sentencia C-549 de 2004, con ocasión de una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 y la totalidad del decreto 1750 de 2003 -sobre la escisión del Instituto de Seguros Social (ISS) y el traslado de varios centros hospitalarios y clínicas a las nuevas ESE creadas con ocasión de la escisión-, la Corte reiteró que “las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud se erigen como contribuciones parafiscales”.

El actor alegaba que los preceptos demandados desconocían los artículos 150-12 y 338 de la Constitución, en tanto los centros y hospitales escindidos del ISS habían sido adquiridos con recursos parafiscales, de modo que al entregarlos a las nuevas ESE, se afectaba la destinación específica de los recursos.

La Corte sostuvo que efectivamente las cotizaciones que se recaudan por el SGSSS son contribuciones parafiscales, “(...) pues constituyen un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad”. En consecuencia -continuó-, las cotizaciones no son recursos propios de las EPS “(...) sino dineros públicos que deben destinarse a la prestación del servicio público de salud”. Sin embargo, en el fallo se aclaró que “(...) el carácter parafiscal se predica tan solo los recursos provenientes de las cotizaciones, más no de los



bienes y rentas propios de las entidades que prestan el servicio. Por ello la Corte ha distinguido entre los recursos parafiscales que administran las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud y su propio patrimonio y rentas” (negrilla fuera del texto).

Después de estas consideraciones, la Corporación concluyó que las disposiciones demandadas eran exequibles frente al cargo analizado, por las siguientes razones que vale la pena transcribir:

“(i) Porque como se acaba de explicar, el patrimonio de las entidades cuyo objeto social es la prestación del servicio público de salud no constituye un ‘recurso parafiscal’, por lo cual su transferencia o transferencia parcial a otras entidades no puede desconocer la destinación específica de este tipo de recursos.

(ii) Porque, lo más importante, la parafiscalidad no puede interpretarse en el sentido según el cual tal categoría de recursos sólo pueden destinarse al beneficio individual y personal de quienes los han tributado, sino que debe entenderse que esas contribuciones están destinadas a favorecer a todo el sector que las tributa; por lo cual, aun suponiendo que los activos patrimoniales propios del ISS que se transferirán a las nuevas empresas creadas a partir de la escisión hubieran sido adquiridos con recursos parafiscales, y que esta circunstancia impidiera dirigirlos a otra destinación diferente de la prestación del servicio público de salud, es claro que ello no sucederá, pues en las nuevas empresas que se crean tales bienes patrimoniales continuarán dedicados a favorecer al mismo sector que los tributó, es decir al Sistema de Seguridad Social en Salud.

(iii) Finalmente, la Corte observa que el supuesto fáctico sobre el que se edifica esta acusación no está probado. Es decir, no se encuentra demostrado que los bienes patrimoniales del ISS que se transferirán a las nuevas empresas sociales del Estado hayan sido totalmente adquiridos con las cotizaciones hechas por los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.”

2.5.4.6. Posteriormente, en la sentencia C-824 de 2004, con ocasión de una demanda contra el artículo 48-10 (parcial) de la ley 788 de 2002 porque, a juicio del demandante, sometía los gastos administrativos de las EPS al GMF y, por tanto, era contrario a la destinación específica de los recursos de la salud, la Corte reiteró que las cotizaciones, tarifas, copagos y bonificaciones que las EPS recaudan son contribuciones parafiscales que no se pueden confundir con su patrimonio, e indicó que uno de los destinos de esos recursos permitido por la Constitución es el pago de los gastos administrativos en los que incurren las EPS.

Para la Corporación, los gastos administrativos que paga la UPC son necesarios para la prestación del servicio de seguridad social en salud, por tanto, hacen parte de la destinación específica a la que alude el artículo 48 superior y por ello no pueden ser gravados con el GMF. En palabras de la Corte:

“En ese orden de ideas, si es necesario que una parte de los recursos del SGSSS sean dedicados a gastos administrativos, precisamente para que el sistema pueda operar y puedan ser realizados los actos médicos, entonces es obvio que los dineros destinados a financiar esos gastos administrativos son recursos del sistema de seguridad social, que no pueden entonces ser gravados, ya que dichos gravámenes implican que una parte de esos ingresos entraría a engrosar el presupuesto general, con lo cual un componente de los dineros de la seguridad social es destinado a otros propósitos, con clara vulneración de la prohibición prevista en el artículo 48 superior.”



Lo contrario ocurre con los recursos propios de las EPS originados en sus ganancias, contratos de medicina prepagada, etc., los cuales, precisó la Corporación, no son recursos del sistema y, por tanto, sí pueden ser gravados.

Por estas razones se declaró inexecutable la expresión “diferentes a los que financian gastos administrativos” del precepto demandado.

2.5.5. No obstante la naturaleza parafiscal y, por tanto, la destinación específica de los recursos originados en las cotizaciones, copagos, tarifas, etc., que recaudan las EPS, de la anterior exposición es importante resaltar dos aspectos:

En primer lugar, la Corte ha reconocido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.

Dicho beneficio económico –utilidad-, por su propia naturaleza, hace parte de los recursos propios de la EPS y, en consecuencia, es de libre destinación. En este contexto deben ser leídas particularmente las sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004, es decir, si bien es cierto la UPC se origina en recursos parafiscales y su finalidad principal es pagar el aseguramiento del POS a cargo de las EPS y sus gastos de administración, la remuneración incluye un margen de utilidad que es propiedad de las EPS. No obstante, la Corte debe precisar que si el porcentaje de los gastos de administración genera excedentes, significa que la fijación de la UPC, que corresponde a los órganos rectores de la seguridad social, fue realizada con base en información desactualizada o no fiable, siendo responsabilidad de las entidades estatales que efectuaron el cálculo, evitar que los dineros de la salud entren, sin justificación suficiente, como recursos propios, a las arcas de las EPS a través de dicho rubro.

En segundo lugar, la destinación específica de los recursos parafiscales de la seguridad social ha sido entendida de manera amplia por esta Corporación, en el sentido que comprende, entre otros aspectos, la financiación parcial de las funciones de vigilancia y control que desarrolla la Superintendencia Nacional de Salud y los gastos administrativos de las EPS. Estas actividades tienen en común el ser necesarias para el adecuado y eficiente funcionamiento del SGSSS.

2.6. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE AMPLIACIÓN PROGRESIVA DE LA COBERTURA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.6.1. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, “[e]l Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”. Como la Sala tuvo la oportunidad de explicar anteriormente, la seguridad social otorga el derecho a la protección frente a contingencias que afectan la salud, de ahí que pueda hablarse de la seguridad social en salud como una modalidad específica del derecho a la seguridad social.

El artículo 48 superior se encuentra en concordancia con el artículo 2.1 del PIDESC y el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según el primero, los estados partes –como Colombia- se



comprometen a “(...) adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, derechos entre los que se encuentran la seguridad social y la salud. Un mandato similar se encuentra en el segundo artículo.

El artículo 2.1. del PIDESC fue interpretado por el Comité DESC –órgano encargado de hacer seguimiento al cumplimiento del pacto- en su Observación General No. 3. En dicho documento, el Comité precisó que “(...) el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo”, sin que ello signifique que los estados no deban comenzar a adoptar medidas de manera inmediata. Para el Comité, este principio “(...) impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta”, así como la adopción de medidas “(...) deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.

2.6.2. En desarrollo de estas disposiciones, entre otras, esta Corporación ha indicado que los contenidos prestacionales de los derechos fundamentales –como la salud y la seguridad social- están sometidos al principio de progresividad y no regresión, el cual conlleva (i) la obligación del Estado de ampliar su nivel de realización y (ii) la proscripción de la reducción de los niveles de satisfacción actuales.

En la sentencia C-671 de 2002, la Corte definió este principio de la siguiente forma que vale la pena destacar:

“[E]l mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional” (referencias eliminadas).

Además, en la sentencia C-372 de 2011, este tribunal aclaró:

“(...) este principio no implica una prohibición absoluta de adoptar medidas regresivas; se trata de una prohibición *prima facie*, pues tales medidas pueden tener lugar al amparo de la Carta, siempre y cuando se encuentren debidamente justificadas en términos de realización de otros derechos fundamentales y después de un exhaustivo análisis de las otras opciones disponibles. En este sentido, en la sentencia C-1141 de 2008, la Corte precisó que la cláusula de no retroceso en definitiva supone que una vez logrados ciertos avances en la concreción de los derechos, ‘(...) las condiciones preestablecidas no pueden ser desmejoradas sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa por las autoridades competentes’ (referencias eliminadas).

2.6.3. En el marco de la seguridad social, con fundamento en la Observación General No. 19 del Comité DESC, la Sala estima que algunos de los contenidos prestacionales sujetos al principio de progresividad son:



En primer término, la disponibilidad de uno o varios planes que garanticen las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales cubiertos por el derecho, y que como indica ese documento, deben abarcar garantías frente a al menos las siguientes contingencias: deterioro de la salud y pérdida o deterioro de los ingresos por enfermedad, vejez, desempleo y accidentes laborales, así como prestaciones para protección de grupos vulnerables como niños, personas en situación de discapacidad, madres de recién nacidos, huérfanos y sobrevivientes.

En segundo lugar, los niveles de prestaciones en términos de importe y duración, a fin de que se garanticen condiciones de vida adecuadas y acceso suficientes a la atención de salud.

Por último, la accesibilidad de los sistemas de seguridad social en términos de cobertura, condiciones (las cuales deben ser razonables, proporcionadas y transparentes), asequibilidad, participación y acceso físico.

2.6.4. Esta Corte considera que dado que la controversia gira en torno a la seguridad social en salud, también es preciso referirse a los contenidos del derecho a la salud sujetos al principio de progresividad. Como lo ha venido haciendo desde hace varios años, la Sala también apela en este punto a las observaciones del Comité DESC, específicamente a la Observación General No. 14 sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Algunos de esos contenidos son:

En primer término, la disponibilidad, garantía que guarda relación con la existencia de “(...) un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”.

En segundo término, la accesibilidad, según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. En este respecto, si bien es cierto la obligación de no discriminación es de exigibilidad inmediata, la accesibilidad física, económica y en términos de información debe ampliarse progresivamente.

En tercer término, la aceptabilidad, de conformidad con la cual todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.

Finalmente, la calidad, contenido que demanda que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, y de buena calidad.

2.6.5. A partir de las anteriores disposiciones y consideraciones, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la obligación del Estado de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud se refiere a la afiliación y a la ampliación de los servicios disponibles, incluida la infraestructura médica, entre otros aspectos. Además, ha precisado que para cumplir esta obligación, es preciso que haya continuidad y ampliación progresiva de los recursos destinados para el efecto.

2.6.5.1. En este sentido, en la sentencia C-1089 de 2000, la Corte consideró que el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración del SGSSS, puede optar por subsidios a la oferta o a la demanda para ampliar la cobertura del sistema en términos de afiliación y prestación de servicios, específicamente de la población más pobre y vulnerable, y establecer que dichos subsidios se administren a través de entidades como las antiguas ARS.

2.6.5.2. En la sentencia C-1165 de 2000,, esta Corporación estimó que la obligación de ampliación progresiva impide disminuir los recursos destinados al Fosyga, específicamente para



financiar el régimen subsidiado, pues esos dineros se emplean en la ampliación de los niveles de afiliación y mejorar la calidad. Por esta razón se declaró inexecutable el literal c) del artículo 34 de la ley 344 de 1996, disposición que en el marco de medidas de racionalización del gasto público, reducía al financiamiento de los recursos del Presupuesto General de la Nación dirigidos al Fosyga. La Corte señaló:

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

2.6.5.3. Por razones similares, en la sentencia C-040 de 2004, la Corte declaró inexecutable la expresión “con un cuarto de punto (0.25) de lo aportado por los afiliados al régimen contributivo” contenida en el artículo 42.20 de la ley 715 de 2001, ya que significaba una reducción de los recursos originados en el régimen contributivo y destinados a ayudar a financiar el régimen subsidiado. Se destaca el siguiente aparte:

“En este sentido, la Sala constata que en el presente caso se violan los mínimos de protección de la población más pobre y vulnerable dado que en las circunstancias y presupuestos previstos en la norma ni siquiera pueden acceder al régimen subsidiado.

Desde esta perspectiva, si conforme al principio de universalidad, el Estado debe garantizar la cobertura en seguridad social a todas las personas que habitan el territorio nacional e implementar, a medida que mejora el nivel de desarrollo del país, las condiciones para que las personas que aún se encuentran por fuera del régimen subsidiado de salud puedan ingresar a él (principio de progresividad), una norma como la acusada transgrede los principios fundamentales del Estado social de derecho por cuanto mientras haya población pobre no afiliada a dicho régimen no se estará cumpliendo con el mínimo de cobertura exigido por la Constitución.”

Además, esta Corporación resaltó que la existencia de fuentes privadas de financiación del régimen subsidiado no releva al Estado de hacer los aportes suficientes, graduales y necesarios para ampliar progresivamente la cobertura del sistema.

2.6.5.4. Luego, en la sentencia C-349 de 2004, al examinar una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 y la totalidad del decreto 1750 de 2003 porque, a juicio del actor –entre otros cargos-, la escisión del ISS conducía a una reducción de la oferta de salud para los colombianos, la Corte recordó el carácter universal y expansivo de la seguridad social, en virtud del cual debe propender por ofrecer a las personas el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, y no limitarse a las prestaciones básicas. En este orden de ideas, explicó que la obligación de ampliación progresiva y el principio de universalidad no se refieren solamente a la “extensión del servicio público de salud a todos los habitantes del territorio nacional” –afiliación-, sino también a la ampliación de la cobertura en términos de servicios disponibles, lo que supone, como se indicó en la sentencia C-1165 de 2002, la imposibilidad de reducir sin justificación constitucional, los recursos destinados para el efecto.



En relación con los cargos formulados, la Corte encontró que las disposiciones censuradas no se oponían a la Carta, ya que no conllevaban una reducción de la cobertura del servicio. Además, a juicio de la Corporación, la decisión se había basado en estudios técnicos –lo que descartaba la arbitrariedad de la decisión- que mostraban que la escisión era una medida adecuada para solucionar los problemas financieros del ISS y mantener la oferta de servicios.

2.6.5.5. Por último, vale la pena destacar la sentencia C-1041 de 2007, en la que la Corte aclaró que la ampliación progresiva de la cobertura se predica de todo el sistema, es decir, es el sistema en conjunto, y no las EPS individualmente consideradas, a quien corresponde progresivamente ampliar la cobertura. Por esta razón, la Corte desestimó el cargo que se dirigía contra el artículo 15 de la ley 1122 -que restringe la integración vertical de las EPS- por obstaculizar la ampliación de la cobertura, en tanto, a juicio del demandante, impide a las EPS ser eficientes para atraer más afiliados.

2.7. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY 1438

2.7.1. Antes de la aprobación del artículo 23 de la ley 1438, había un intenso debate entre algunos actores del SGSSS y la Contraloría sobre la posibilidad de que las EPS adquirieran activos fijos con cargo a los recursos que perciben por las UPC. Esta discusión se suscitó, entre otras razones, por la ausencia de reglas específicas en la materia y la existencia de disposiciones que animaban interpretaciones opuestas.

2.7.1.1. Por un lado, en la circular externa 26 de 2006, la Superintendencia Nacional de Salud declaró que la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura es una práctica insegura e ilegal. La razón principal en la que se basó su instrucción es la naturaleza parafiscal de los recursos que perciben las EPS –de acuerdo con la jurisprudencia constitucional-, lo cual, en criterio de la entidad, conduce a que solamente puedan utilizarse “(...) en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS y su administración”. Esta advertencia fue reiterada en la circular externa 49 de 2008 y en el concepto jurídico 1-2010-028671 de 2010.

Recientemente, en el auto del 10 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró que la interpretación de la circular externa 26 de 2006 era la correcta a la luz de la normativa constitucional y legal vigente antes de la ley 1438,. En el marco de la controversia que dio lugar a dicho auto, la Contraloría adoptó la misma interpretación.

2.7.1.2. Las EPS, por su parte, alegaban que la UPC es una prima de seguro, de modo que, una vez transcurrido el periodo de aseguramiento –un mes- y después de pagar los costos del suministro del POS y los gastos administrativos, genera una utilidad a su favor que ingresa a su patrimonio y puede ser invertida según su objeto social, incluso en la adquisición de activos fijos.

Esta interpretación era animada por conceptos jurídicos emitidos en ciertos momentos por la Superintendencia Nacional de Salud y la Contraloría, que se apartaban de las interpretaciones explicadas en párrafos anteriores. Por ejemplo, en el concepto jurídico del 13 de mayo de 2010 titulado “Criterios del ejercicio de control fiscal – Destinación y uso de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de las EPS”, dirigido a los representantes legales de las EPS del régimen contributivo, la Contraloría afirmó, entre otras cosas, (i) que las EPS tienen derecho a recibir utilidades; (ii) que entre las finalidades a las que se puede destinar la UPC –por ser finalidades del sistema- se incluyen “(...) los pagos a terceros por servicios prestados en materia de



salud o actividades administrativas relacionadas con todas las funciones de las EPS, la financiación de los costos por la prestación directa de los mismos, así como la realización de inversiones que resulten indispensables para tal fin, en el entendido de que estas últimas no podrán afectar el cumplimiento estricto de las obligaciones de la respectiva entidad”; y (iii) que la calificación como práctica insegura del empleo de la UPC para la adquisición de activos fijos, no se aplica a las ganancias legítimas de las EPS, las cuales fueron identificadas como los excedentes mensuales de liquidez después de la prestación de los servicios del POS y el pago de los gastos de administración. Incluso la Contraloría afirmó que el uso de ese remanente de liquidez no requería que previamente la entidad hubiera incorporado las utilidades contables.

Esta última interpretación también se fundamentaba en varias disposiciones de la normativa del SGSSS que establecían algunos eventos en los que las EPS podían invertir en infraestructura. Por ejemplo, el decreto 1485 de 1994 contemplaba regulaciones sobre margen de solvencia de las EPS y permitía la inversión de recursos de las EPS en infraestructura en algunos casos después de cumplidas las primeras reglas. Más recientemente, el decreto 574 de 2007, modificado por el decreto 1698 del mismo año, definió la fórmula de cálculo del patrimonio técnico de las EPS, y en el párrafo 2 del artículo 6 señaló que a partir de la fecha de entrada en vigencia del decreto, las EPS solamente podrían realizar nuevas inversiones en los siguientes activos, una vez satisfecho el máximo monto de margen de solvencia y después de concluido el periodo de transición establecido por el decreto: “[l]as inversiones en infraestructura destinadas o usadas para la prestación de servicios de salud de forma directa o indirecta”.

2.7.2. En este contexto fue presentado por los senadores Dilian Francisca Toro Torres y Jorge Eliecer Ballesteros el proyecto de ley 01 de 2010 Senado, el cual sería respaldado por el Gobierno. A este proyecto posteriormente se acumularía otros sobre la misma materia, es decir, reformas al SGSSS, en virtud de un mensaje de urgencia del Gobierno.

2.7.2.1. Desde el comienzo del debate legislativo estuvo presente la idea de que existía un déficit de regulación que daba lugar a incentivos de conductas rentísticas inadecuadas por parte de los particulares, y que tal situación estaba amenazando el flujo de recursos y la sostenibilidad del sistema. Para solucionar este problema, entre otros, el proyecto de ley 01 de 2010 Senado y otros de los proyectos acumulados plantearon medidas para el fortalecimiento de los entes de regulación y control, y la creación de mecanismos de fiscalización más eficientes, entre otros.

En relación con el objeto de este fallo, las propuestas de los proyectos de ley se dirigieron a definir (i) si las EPS pueden invertir recursos en infraestructura, específicamente en la adquisición de IPS, y en caso afirmativo, (ii) cuáles recursos se pueden destinar para tales efectos. Por ejemplo, en el proyecto de ley 01 de 2010 Senado se propusieron las siguientes medidas: (i) ordenar al Gobierno fijar un nivel mínimo de gasto prestacional y de servicios aplicable a las EPS, y (ii) permitirle a estas últimas invertir en modernización tecnológica y mantenimiento y adecuación de su infraestructura administrativa solamente cuando lograran reducir sus márgenes de costos de administración. Por otra parte, en el proyecto 095 de 2010 Senado se sugirió restringir aún más la integración vertical de las EPS, en particular impedir que construyan o adquieran IPS de cualquier nivel de complejidad. En el proyecto de ley 126 de 2010 Cámara, los representantes de la iniciativa recomendaron que se aclarara el destino de la UPC y que se señalara que las EPS solamente podrían apropiarse los excedentes de la UPC mensualmente, después de garantizar los servicios a su cargo y cubrir sus obligaciones para con el sistema.



2.7.2.2. Durante el debate legislativo surgió la fórmula adoptada en el texto final del artículo 23. Su aprobación estuvo precedida de propuestas sobre (i) obligar a las EPS a hacer públicos los porcentajes de la UPC que dedican a administración y prestación de los servicios del POS, (ii) impedir la integración vertical, (iii) limitar los gastos de administración que se pagan a las EPS en términos de porcentaje de la UPC y facilitar el flujo de recursos hacia las IPS, y (iv) restringir los demás destinos de la UPC.

2.7.2.3. Luego, en la plenaria del Senado se suscitó una discusión importante sobre la redacción del inciso segundo; algunos senadores sostenían que debía prohibirse definitivamente la adquisición de activos fijos y cualquier otro gasto distinto a la prestación de servicios de salud, por ello sugerían el empleo del conector “o” o “u” en vez de la preposición “en”. Otros defendían el uso de la preposición “en”, pero por razones diferentes; unos porque estimaban que no cambiaba el sentido del inciso, es decir, pese a al empleo de la preposición “en”, quedaba claro que las EPS no podrían invertir los recursos de la salud en ningún activo fijo, otros, por el contrario, consideraban que era necesario mantener la preposición “en” con el fin de permitir a las EPS, como ocurre con las IPS, invertir en activos fijos para mejorar la prestación de los servicios a su cargo.

Finalmente, el texto aprobado en la plenaria del Senado fue el siguiente:

“Artículo 24. *Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud.* Dado que los recursos son parafiscales, el Ministerio de la Protección Social fijará el factor máximo de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos que midan el gasto en salud. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de inhabilitación. Dicho factor no podrá superar el 10% del valor de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado

Parágrafo 1°. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más partir del primero (1°) de enero de 2012.

Parágrafo 2°. Los gastos de administración para el Régimen Subsidiado se mantendrán en el 8%.”

2.7.2.4. En la plenaria de la Cámara de Representantes se dio un debate similar frente a la propuesta de los ponentes que empleaba la preposición “en”, y surgió la propuesta de reemplazarla por el conector “ni”. Después de varios cambios, se aprobó el siguiente texto:

“Artículo 24. *Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud.* El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos ni actividades distintas a la prestación de servicios de salud.

Parágrafo transitorio. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará



con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen subsidiado seguirá manejando el 8%.”

2.7.2.5. La comisión de conciliación acogió en su mayoría el texto aprobado por la Cámara, el cual posteriormente fue adoptado como texto definitivo:

“Artículo 23. *Gastos de administración de las entidades promotoras de salud.* El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

Parágrafo transitorio. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.”

2.8. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

2.8.1. Integración de la unidad normativa

En esta oportunidad la Sala advierte la necesidad de llevar a cabo una integración normativa con el inciso primero de la disposición acusada. Las razones que sustentan esta decisión son las siguientes:

2.8.1.1. En casos excepcionales de control abstracto, la Corte Constitucional ha encontrado necesario integrar al juicio de constitucionalidad que adelanta, preceptos que no han sido censurados. Esta posibilidad ha sido denominada integración de la unidad normativa.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la integración normativa puede llevarse a cabo cuando: (i) el precepto demandado no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderlo y aplicarlo resulta imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) la disposición cuestionada es reproducida en otros preceptos del ordenamiento que no fueron demandados; o (iii) la disposición censurada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad. En esta última hipótesis, se requiere además “(i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad”.

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que la integración de la unidad normativa en un juicio de control de constitucionalidad puede ser llevada a cabo de oficio por la Corporación cuando sea necesario para evitar un pronunciamiento inocuo. Esta posibilidad tiene carácter excepcional,



especialmente en los escenarios de control rogado, ya que en estos casos el pronunciamiento de la Corte debe sujetarse al objeto y los cargos señalados en la demanda.

2.8.1.2. En esta oportunidad, el actor formula su demanda contra el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438, cuyo texto es el siguiente: “Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado”.

La Sala observa que para entender el contenido normativo de este precepto es indispensable integrar al examen de constitucionalidad, el inciso primero del mismo artículo, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 23. *GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.* El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.”

Este inciso condiciona la interpretación que debe darse al precepto censurado, pues limita su ámbito de aplicación y permite entender su finalidad. En primer lugar, el título señalado en el inciso primero – “Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud”- hace ver que el artículo se refiere a las EPS y que su finalidad es regular principalmente los gastos de administración de dichas entidades. En segundo lugar, el inciso primero deja entrever que el artículo fue redactado con la finalidad de establecer controles a las EPS, sin desconocer que su actividad demanda el reconocimiento de gastos de administración. Por tanto, los incisos primero y segundo del artículo 23 conforman una unidad normativa que para ser analizada, no puede separarse.

En este orden de ideas, dado que se presenta la primera hipótesis que amerita la integración de la unidad normativa, la Sala incluirá en su análisis de constitucionalidad el inciso primero del artículo 23 de la ley 1438.

2.8.2. Contenido normativo de los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438

Para poder estudiar la constitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438, la Corte encuentra necesario primero determinar su contenido normativo a la luz de los métodos tradicionales de interpretación. Para llevar a cabo dicha labor, se presentan especialmente dificultades en relación con las siguientes expresiones: “recursos para la atención en salud”, y “activos fijos”, así como respecto de la definición de sus destinatarios. A continuación, la Sala se ocupará de esta labor interpretativa:

2.8.2.1. Lo primero que se advierte es que el inciso primero contiene tres contenidos normativos: (i) una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; (ii) una prohibición de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno, dirigida a las EPS; y (iii) una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

Por su parte, el inciso segundo contiene una prohibición, cuyo objeto –conductas proscritas- son la adquisición de activos fijos y las “actividades distintas a la prestación de servicios de salud”, mediante



el empleo, sin distinción, de “recursos para la atención en salud” –medio-. El destinatario de la prohibición no es definido expresamente.

2.8.2.2. Una lectura histórica basada en los antecedentes legislativos demuestra que estos incisos fueron aprobados por el Congreso con el propósito de erradicar tres tipos de prácticas de algunas EPS consideradas nocivas para el SGSSS: (i) elevar injustificadamente sus gastos de administración mediante la inclusión de rubros que no son necesarios para garantizar la prestación de los servicios del POS y las demás funciones a cargo de las EPS; (ii) usar los recursos que deben destinarse a la “atención en salud” a fines distintos a éste, específicamente, a la adquisición de activos fijos cuya propiedad queda en cabeza de las EPS; y (iii) comprometer la liquidez que necesita el sistema para asegurar la prestación oportuna de los servicios médicos. En otras palabras, el precepto fue adoptado (a) como una medida de control de las EPS (b) dirigida a asegurar que los recursos que del SGSSS se empleen de forma eficaz –de acuerdo con sus fines- y eficiente, y que (c) los servicios médicos se suministren de forma oportuna.

2.8.2.3. Los “activos fijos” son definidos desde el punto de vista contable como “[l]as propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año”.

En el Congreso se presentó un debate específico sobre el tipo de activos fijos que debería cobijar la prohibición del inciso segundo. Algunos congresistas consideraron que la restricción no debía extenderse a los activos fijos que sirven para mejorar el servicio de las EPS, como permite la normativa en el caso de las IPS. Sin embargo, la posición mayoritaria fue que los recursos para la atención en salud en ningún caso deben usarse para la adquisición de activos fijos, sean estos de infraestructura médica (hospitales, clínicas, etc.) o de cualquier otra naturaleza (se mencionaron como ejemplos centros recreativos, oficinas, etc.). Por ello la expresión “para adquirir activos fijos” fue separada de la expresión “en actividades distintas a la prestación de servicios de salud” con el conector “ni”, como se explicó en apartes previos.

En suma, el inciso segundo del artículo 23 se refiere a todo tipo de activo fijo atendiendo a la definición contable.

2.8.2.4. En relación con la expresión “recursos para la atención en salud”, no existe una definición unívoca a nivel normativo. Una primera interpretación podría ser que la expresión se refiere a las fuentes de financiación del SGSSS, las cuales son señaladas en los artículos 182, 187 y 214 de la ley 100, entre otras disposiciones, y cuyo destino es la financiación de los servicios de salud a cargo del sistema y los gastos administrativos, los cuales incluyen la utilidad razonable de los particulares que participan. Por tanto, según esta primera exégesis, la expresión bajo examen aludiría a todos los recursos del sistema, sin distinguir si tienen como destino gastos administrativos o servicios médicos.

Sin embargo, tomando como base los antecedentes legislativos, la expresión “atención en salud” y el inciso primero del artículo 23, la Sala considera que la interpretación correcta es más restringida. En efecto, los debates evidencian que los parlamentarios entendieron que los “recursos para la atención en salud” son diferentes a los “gastos de administración”. Por ello, en el caso de los segundos, establecieron una medida de control distinta -una limitación a un porcentaje de la UPC definido por el



Gobierno y que en todo caso no puede superar el 10%- en una parte diferente del artículo –el inciso primero-. De acuerdo con esta segunda exégesis, la expresión “recursos para la atención en salud” hace referencia a aquellos dineros dirigidos específicamente a la prestación de servicios de salud, una vez excluidos los gastos de administración, los cuales –reitera la Sala- comprenden la utilidad razonable a la que tienen derecho los particulares que participan.

Esta interpretación además da cuenta de la inclusión de la palabra “atención”, la cual se relaciona específicamente con la faceta asistencial del derecho fundamental a la salud, es decir, la que concierne a la provisión de servicios para su promoción y para la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades de las personas, en oposición a los gastos de administración necesarios para poder proveer tales prestaciones.

La Sala estima que esta última lectura concuerda además con una visión comprensiva de la estructura financiera del SGSSS. Ciertamente, los recursos que lo financian, particularmente aquellos originados en cotizaciones, copagos y cuotas moderadoras y que tienen naturaleza parafiscal, poseen una destinación específica, esta es, financiar el cumplimiento de los objetivos del sistema. Para el logro de esos objetivos, es preciso costear, además de los gastos de los servicios médicos, los costos operativos del sistema y la utilidad razonable de los particulares que participan, toda vez que no hacerlo implicaría someterlos a una carga desproporcionada y anular sus libertades económicas.

2.8.2.5. Finalmente, dado el texto del inciso primero, la Sala entiende que los destinatarios del artículo 23 son las EPS, pues el título del artículo se refiere expresamente a dichas entidades y la disposición se ubica en el título IV de la ley 1438 sobre aseguramiento. Además, atendiendo a la última oración del inciso segundo, la prohibición cubija tanto a las EPS del régimen contributivo como subsidiado.

2.8.2.6. Para resumir, de acuerdo con el análisis emprendido por la Sala, el inciso primero contiene tres contenidos normativos: (i) una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; (ii) una prohibición dirigida a las EPS de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno; y (iii) una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

Por su parte, el inciso segundo prohíbe a las EPS del régimen contributivo y subsidiado, adquirir cualquier tipo de activo fijo –según su definición contable- o financiar actividades distintas a la prestación de servicios de salud, mediante el uso de “los recursos para la atención en salud”. Esta última expresión se refiere a los dineros específicamente dirigidos a financiar servicios de salud, una vez excluidos los gastos administrativos, cuyo porcentaje debe ser fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con el inciso primero y en todo caso no pueden superar el 10% de la UPC, como una de las fuentes de financiación de las EPS.

2.8.3. Examen de los cargos

2.8.3.1. La Corte advierte que los cargos formulados por el demandante parten de la siguiente interpretación del inciso censurado: éste prohíbe a las EPS utilizar los recursos de la UPC, incluidos los excedentes que quedan después del pago de los servicios médicos a su cargo, para adquirir activos fijos con el fin de ampliar su infraestructura médica –bajo el modelo de integración



vertical- y ofrecer mejores servicios a sus afiliados. Tal interpretación se deduce de las consideraciones iniciales de la demanda. La Sala además observa que la misma interpretación fue acogida por los intervinientes y el Ministerio Público.

Bajo el anterior entendido, el actor alega que el precepto es contrario al artículo 48 de la Carta por dos cargos que fueron encontrados aptos por la Sala: (i) porque impide a las EPS, como particulares, contribuir a la ampliación de la cobertura del SGSSS mediante la adquisición de activos fijos para la prestación de servicios de salud con recursos de la UPC –se advierte que el demandante solamente se refiere a esta fuente de recursos de las EPS-, pese a que el artículo 48 dispone que el Estado con la participación de los particulares debe emprender tal tarea; y (ii) porque obstaculiza el cumplimiento de la obligación de ampliación progresiva de la seguridad social en salud, la cual involucra tanto la afiliación de nuevos beneficiarios, como la extensión y mejoramiento de la infraestructura médica.

2.8.3.2. A juicio de esta Corporación, si bien la exegesis del demandante del inciso segundo del artículo 23 –acogida también por los intervinientes y el Procurador- a primera vista es razonable –y por ello la Sala asumió el conocimiento del fondo de la controversia-, después del análisis emprendido en secciones anteriores, se debe concluir que solamente es parcialmente cierta. En efecto, la Sala explicó que la expresión “los recursos para la atención en salud” se refiere específicamente a los dineros dirigidos a la prestación de servicios inherentes a la garantía de ese derecho fundamental, una vez excluidos los gastos administrativos.

En este orden de ideas, el componente de gastos de administración de la UPC no está afectado por la prohibición del inciso segundo y puede ser usado por las EPS para la adquisición de activos fijos, cuando ello sea necesario para garantizar la operación en estricto sentido de la EPS o con cargo a la utilidad razonable que el sistema les reconoce –recuérdese que según la nueva normativa esa utilidad está comprendida en el porcentaje que se reconoce como gasto de administración-. Esta interpretación es necesaria para garantizar el adecuado funcionamiento del SGSSS, pues ciertos activos fijos, como lo señala la definición contable, son requeridos para el giro ordinario de una empresa, como las EPS. Otros activos fijos pueden ser también adquiridos por las EPS con la porción de esos gastos de administración que corresponde a su utilidad, ya que en tanto recursos propios, pueden dedicarse a las finalidades que elija la entidad según su razón social. Con ese porcentaje de utilidad, y con sujeción a las reglas de integración vertical, las EPS pueden entonces invertir en infraestructura médica y de esa forma contribuir a la ampliación de la cobertura del SGSSS.

En resumen, los cargos del demandante parten de una premisa parcialmente cierta, pues de acuerdo con la labor interpretativa emprendida por la Sala, el inciso segundo no prohíbe de forma absoluta que los recursos que reciben las EPS por cuenta de las UPC –recuérdese que la demanda versa solamente sobre esta fuente de recursos- se destinen a la adquisición de activos fijos; el inciso segundo debe entenderse se refiere a los recursos que reciben las EPS provenientes de las UPC, una vez descontado el porcentaje de gastos de administración al que alude el inciso primero.

2.8.3.3. Entendidos de esta forma los incisos primero y segundo del artículo 23, corresponde ahora a la Corte examinar si la prohibición de que las EPS usen los recursos provenientes de las UPC, una vez descontados los gastos de administración, en la adquisición de activos fijos, se opone o no al inciso tercero del artículo 48 de la Constitución. La Sala encuentra que ello no es así en los términos expuestos por el demandante, por las razones que a continuación se explican:



Si bien es cierto el inciso demandado limita el uso de los recursos originados en las UPC –excluidos los gastos de administración-, para la compra de activos fijos y, en consecuencia, es cierto que impide su inversión en infraestructura para ampliar la cobertura del SGSSS en términos de instalaciones y tecnología disponible, para la Sala tal limitación se ajusta a la Carta desde el punto de vista de la satisfacción de otros contenidos del derecho a la seguridad social en salud. En otras palabras, si bien es cierto la medida conlleva restricciones que pueden obstaculizar la ampliación de la cobertura del SGSSS en términos de infraestructura médica y tecnología disponible, tal restricción es proporcionada a la luz de los demás componentes del derecho a la salud.

La Sala advierte que aunque el demandante no alega la desproporcionalidad de la medida, en tanto argumenta que del precepto demandado se desprende una limitación injustificada del derecho a la seguridad social en salud, el juicio de proporcionalidad resulta una herramienta útil para resolver la controversia y es a la luz de dicho mecanismo metodológico que llevará a cabo el examen de constitucionalidad que a continuación se presenta:

En primer lugar, la medida cuestionada persigue una finalidad no solamente legítima sino importante a la luz de la Constitución, esta es asegurar un flujo de recursos suficiente para garantizar las prestaciones de salud a cargo del SGSSS, y específicamente de las EPS. La provisión de esos servicios es una obligación que se desprende del derecho a la seguridad social en salud, como ha indicado la jurisprudencia constitucional de forma insistente. Ciertamente, si bien las obligaciones que emanan del derecho a la seguridad social en salud no se agota con la provisión de servicios médicos –de promoción, prevención y curación-, también lo es que esta obligación es una de las más importantes y que mayor flujo de recursos demanda, de ahí que se encuentre justificada la adopción de medidas dirigidas a velar porque haya un flujo adecuado de recursos hacia quienes prestan tales servicios.

La Sala advierte que, además, en ejercicio de su libertad de configuración, el Legislador puede optar por darle prioridad a la provisión de los servicios médicos del POS y destinar menores recursos para una eventual expansión de la infraestructura médica.

En segundo lugar, la medida se vale de un medio idóneo para lograr el anterior objetivo. En criterio de la Sala, una restricción de los usos posibles de los dineros ciertamente puede asegurar un flujo adecuado de recursos para la prestación de servicios médicos, y además puede contribuir a reducir la desviación de los mismos a finalidades no acordes con los objetivos del SGSSS.

En tercer lugar, la medida es proporcionada en estricto sentido, ya que, de un lado, amplía la satisfacción del derecho a la salud en la dimensión de prestación de servicios médicos curativos y de prevención y promoción en salud –no debe olvidarse que estas actividades también están cobijadas por el POS-, y de otro, no sacrifica del todo la satisfacción de la dimensión de ampliación de la cobertura en términos de infraestructura, puesto que, como se indicó en la consideración anterior, de todas formas parte de los “gastos administrativos” a los que alude el inciso primero del artículo 23 pueden destinarse a la adquisición de activos fijos para infraestructura médica.

2.8.3.4. Por las razones expuestas, la Sala desestima los cargos del demandante y declarará exequibles los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438, en los términos expuestos en esta providencia.

3. DECISIÓN



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 68 de 119

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438 de 2011, en los términos y por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 69 de 119

NORMATIVA

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 70 de 119

II. DECRETOS



DECRETO 1921 DE 2013

(Septiembre 6)

Diario Oficial No. 48.905 de 6 de septiembre de 2013

Ministerio de Salud y Protección Social

Por el cual se modifica el artículo 5 del Decreto 574 de 2007, modificado por los artículos 1 y 3 de los Decretos 1698 de 2007 y 4789 de 2009, respectivamente.

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 24 de la Ley 1438 de 2011 y,

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 24 de la Ley 1438 de 2011, corresponde al Gobierno Nacional, reglamentar el margen de solvencia que las Entidades Promotoras de Salud deben acreditar periódicamente.

Que un elemento fundamental para garantizar el cumplimiento de los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo constituye el hecho de que las referidas entidades mantengan una adecuada solvencia desde el inicio de sus operaciones, entendida como la capacidad de atender todas sus obligaciones.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Modifícase el artículo 5 del Decreto 574 de 2007, modificado por los artículos 1 y 3 de los Decretos 1698 de 2007 y 4789 de 2009, respectivamente, el cual quedará así:

“Artículo 5. Monto del Margen de Solvencia. Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas deben mantener en todo momento y acreditar ante la Superintendencia Nacional de Salud, un monto de patrimonio técnico superior al monto de margen de solvencia, calculado de acuerdo con la siguiente metodología:



Los ingresos operacionales anualizados del Régimen Contributivo derivados de la UPC, como resultado de multiplicar los numerales 1 y 2, siguientes:

1. Número de afiliados activos promedio de los últimos 12 meses, como se registra en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), correspondientes a la respectiva entidad.
2. UPC anual promedio de la respectiva entidad, resultado de multiplicar la UPC mensual promedio para los últimos doce períodos compensados por 12, sin que la UPC anual promedio de la respectiva entidad exceda la UPC anual promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los ingresos operacionales anualizados de cada régimen se multiplicarán por un factor de riesgo de 10%, para las entidades que no se acogieron o no cumplieron con el sistema de administración de riesgos y el 8% para las entidades que dieron cumplimiento al artículo 3 del Decreto 4789 de 2009 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

La suma anterior se multiplicará por el valor resultante de la relación existente para el período entre los gastos operativos totales anualizados, menos el monto correspondiente a los siniestros reconocidos por un tercero asegurador a la entidad por enfermedades de alto costo o derivados de la implementación de mecanismos de transferencia de riesgo de carácter sectorial para dichas enfermedades, sobre los gastos operativos totales del período, para así obtener el monto del margen de solvencia. El valor obtenido en el inciso anterior nunca podrá ser inferior a 0,9 (90%). Este segundo instrumento será aplicable siempre que se constituya dentro de los 18 meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.

La deducción por concepto de siniestros reconocidos solamente será aplicable en casos en que se demuestre una transferencia real del riesgo de la entidad a un tercero legalmente autorizado para operar en el país.

Parágrafo 1. Las entidades que a la entrada en vigencia del presente decreto registren un margen de solvencia insuficiente, podrán alcanzar el monto determinado en este artículo, ajustando de manera gradual el valor del factor de riesgo definido en el 10%, comenzando con un 5% para el fin del primer año, es decir para el treinta (30) de junio de 2008, con un 6% para el fin del segundo y tercer años a partir de esta fecha, con un 7% para el fin del cuarto año, con un 8% para el fin del quinto año, con un 9% para el fin del sexto año y con un 10% para el fin del séptimo año y siguientes.

Parágrafo 2. Las Entidades Promotoras de Salud y entidades adaptadas también podrán garantizar su solvencia mediante la implementación de un sistema de administración de riesgos, debidamente auditado y con concepto favorable por una entidad independiente, en las condiciones que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

En caso tal, el factor de riesgo aplicable será: 5,0% para el fin del primer año, 5,6% para el fin del segundo y tercer años, 6,2% para el fin del cuarto año, 6,8% para el fin del quinto año, 7,4% para el fin del sexto año y 8,0% para el fin del séptimo año y siguientes.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la implementación del sistema de administración de riesgo, debidamente auditado y con concepto favorable por una entidad independiente, supone la exigencia que el margen de solvencia se cumpla de acuerdo con lo previsto en el parágrafo primero del presente artículo. La forma en que las EPS y entidades adaptadas puedan retomar la senda definida en el inciso anterior, también será regulada por el Ministerio de Salud y Protección Social.



Parágrafo 3. *Aquellas entidades que con posterioridad a la entrada en vigencia de este decreto, obtengan autorización para el funcionamiento, deberán cumplir el margen de solvencia con las reglas previstas en el presente artículo. Igualmente podrán aplicar lo previsto en el parágrafo precedente, incorporando desde el momento de su creación, el sistema de administración de riesgos.*

Parágrafo 4. *En el evento que el monto del margen de solvencia calculado conforme se indica en el presente decreto, sea inferior al margen de solvencia que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas debieron acreditar a marzo de 2013, las entidades deberán mantener como mínimo el patrimonio técnico que garantice el cumplimiento del margen de solvencia al corte del 31 de marzo de 2013; en caso contrario, dichas entidades deberán acreditar en el patrimonio el margen de solvencia correspondiente”.*

Artículo 2. *Vigencia y derogatorias.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el artículo 5 del Decreto 574 de 2007, modificado por los artículos 1 y 3 de los Decretos 1698 de 2007 y 4789 de 2009, respectivamente.



1.1. DECRETO 1095 DE 2013

(Mayo 28)

Por el cual se reglamenta el inciso [2°](#) del artículo 3° de la Ley 1608 de 2013 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 42 de la Ley 715 de 2001, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 3° de la Ley 1608 de 2013 estableció el uso de los recursos del Sistema General de Participaciones del componente de prestación de servicios en lo no cubierto con subsidios a la demanda aportes patronales;

Que el numeral 2 del precitado artículo dispuso que los recursos de excedentes de aportes patronales correspondientes a activos remanentes del recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, provenientes del proceso de liquidación de Cajanal EPS, se podrán usar por los departamentos y distritos, para el pago de los servicios prestados a la población pobre no asegurada y servicios no incluidos en el Plan de Beneficios a cargo del departamento o distrito asumidos por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas o privadas o pagados por las EPS;

Que esta norma también dispuso que el total de los recursos de excedentes allí previstos deben distribuirse entre departamentos y distritos, de la siguiente manera: el 50% en partes iguales entre todos los departamentos y distritos del país; y, el restante 50% entre departamentos y distritos usando los criterios previstos por el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 715 de 2001;

Que para llevar a cabo dicha distribución resulta necesario definir previamente la entidad competente para efectuarla;

Que el mecanismo de giro directo, establecido en el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011, pretende, entre otros aspectos, agilizar el tránsito de los recursos entre los actores del Sistema, lo cual debe acompañarse de un flujo oportuno y completo de información financiera entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que les permita tener claridad respecto de las facturas a las cuales se deben aplicar los recursos provenientes del giro directo;

Que en mérito de lo expuesto,



DECRETA:

Artículo 1°. Los recursos de excedentes de aportes patronales correspondientes a activos remanentes del recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud provenientes del proceso de liquidación de Cajanal EPS, previstos por el numeral 2 del artículo 3° de la Ley 1608 de 2013, serán distribuidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con las reglas allí previstas.

Artículo 2°. Las Entidades Promotoras de Salud, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la recepción del giro directo por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), proveniente de recursos de la Liquidación Mensual de Afiliados establecida en el Decreto 971 de 2011, modificado por los Decretos 1700 y 3830 de 2011 y 1713 de 2012, o los que a cualquiera otro título sean girados directamente a las IPS en nombre de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), a través del mecanismo creado por el Decreto 4962 de 2011, o por las Entidades Territoriales, deberán remitir a las IPS la información de las facturas y los valores del giro directo autorizado que deben aplicar a cada factura.

En el evento que las Entidades Promotoras de Salud no atiendan esta obligación, en el término aquí establecido, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud podrán aplicar los valores del giro directo a las facturas aceptadas y no pagadas por la Entidad Promotora de Salud, priorizando la facturación más antigua.

La información de la aplicación de los recursos, deberá ser suministrada por la IPS al responsable del pago dentro de los 15 días siguientes a la recepción de los giros, con el fin de que se efectúen los ajustes presupuestales y contables correspondientes.

Artículo 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.



Decreto 249 de 2013

(febrero 20)

Diario Oficial No. 48.710 de 20 de febrero de 2013

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Por el cual se establecen requisitos para la importación de medicamentos e insumos críticos por parte de las entidades públicas a través de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y del numeral 42.13 del artículo 42 de la Ley 715 de 2001, y

CONSIDERANDO:

Que conforme al artículo 245 de la Ley 100 de 1993 le corresponde al Gobierno Nacional reglamentar el régimen de registros, vigilancia y control sanitario de los productos de competencia del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima);

Que el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 establece las competencias a la Nación como responsable de la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional y, en el numeral 42.13, consagra que en ejercicio de dichas competencias le corresponde: “Adquirir, distribuir y garantizar el suministro oportuno de los biológicos del Plan Ampliado de Inmunizaciones (PAI), los insumos críticos para el control de vectores y los medicamentos para el manejo de los esquemas básicos de las enfermedades transmisibles y de control especial”;

Que se hace necesario establecer un mecanismo expedito para las importaciones de medicamentos e insumos críticos destinados a la prevención y el control de enfermedades transmisibles y no transmisibles y, de esta manera, garantizar la oportuna distribución de los mismos a las entidades territoriales, sin perjuicio de su calidad y seguridad;

Que la Organización Panamericana de la Salud (OPS), dispone de un mecanismo de cooperación para facilitar la disponibilidad de medicamentos e insumos de interés en salud pública de alta calidad en los países miembros, mediante compras centralizadas en el mercado internacional a través del Fondo Rotatorio para la adquisición de vacunas, jeringas e insumos relacionados (Fondo Rotatorio) y del Fondo Rotatorio Regional para la adquisición de productos estratégicos de salud pública (Fondo Estratégico);

Que para mejorar la eficiencia en el uso de los recursos y garantizar la disponibilidad de los medicamentos e insumos de interés en salud pública a que se ha hecho referencia, el Ministerio de



Salud y Protección Social, el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y de Policía y las Direcciones Territoriales de Salud han venido utilizando dichos mecanismos de cooperación ofrecidos por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), teniendo en cuenta que las adquisiciones que esta realiza, cumplen con los criterios de calidad establecidos por la Organización Mundial de la Salud y las normas internacionales;

Que el literal c) del artículo 96 del Decreto número 677 de 1995, modificado por los Decretos números 822 de 2003 y 2888 de 2005, establece que la autorización excepcional de importación por parte del Invima, sin exigirse registro sanitario, ampara a los productos biológicos y a todos los insumos necesarios para el Programa Ampliado (PAI), para el control de vectores y de enfermedades de interés en salud pública, y a los medicamentos para el manejo de los esquemas básicos de las enfermedades transmisibles y de control especial, siempre que se presenten circunstancias de desabastecimiento o no disponibilidad en el mercado nacional o cuando la compra en el mercado internacional resulte conveniente por representar un beneficio económico en el gasto público social;

En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. REQUISITOS SANITARIOS PARA LA IMPORTACIÓN DE MEDICAMENTOS E INSUMOS CRÍTICOS POR PARTE DE ENTIDADES PÚBLICAS. Para la importación de los medicamentos e insumos críticos en salud pública que realicen las entidades públicas a través de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), se deberá adjuntar el documento expedido por dicha Organización, que acredite que los productos cumplen con los criterios de calidad definidos por la Organización Mundial de la Salud. Las etiquetas, empaques e insertos de los productos a que se refiere el presente decreto, se aceptarán tal y como provienen del país de origen.

PARÁGRAFO 1o. Para la importación de los productos de que trata el presente decreto, no será necesaria la obtención de registro sanitario en Colombia.

PARÁGRAFO 2o. El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), adelantará los procesos de liberación de lotes de productos, cuando sea del caso.

ARTÍCULO 2o. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL. Los medicamentos e insumos críticos de que trata el presente decreto estarán sometidos a las acciones de inspección, vigilancia y control sanitario establecidas en las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

ARTÍCULO 3o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 78 de 119

III RESOLUCIONES



RESOLUCIÓN 1552 DE 2013

(Mayo 14)

Por medio de la cual se reglamentan parcialmente los artículos 123 y 124 del Decreto-ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones.

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,

En ejercicio de las facultades legales, en especial, de las conferidas en los artículos 123 y 124 del Decreto-ley 019 de 2012, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 123 del Decreto-ley 019 de 2012 establece que “*Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), deberán garantizar la asignación de citas de medicina general u odontología general, sin necesidad de hacer la solicitud de forma presencial y sin exigir requisitos no previstos en la ley. La asignación de estas citas no podrá exceder los tres (3) días hábiles, contados a partir de la solicitud. De igual forma, las EPS contarán con sistemas de evaluación y seguimiento a los tiempos de otorgamiento de citas que deberán reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud y publicarse periódicamente en medios masivos de comunicación. (...)*”.

Que así mismo, el artículo 124, ibídem, señala que: “*La asignación de citas médicas con especialistas deberá ser otorgada por las Empresas Promotoras de Salud en el término que señale el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual será adoptada en forma gradual, atendiendo la disponibilidad de oferta por especialidades en cada región del país, la carga de la enfermedad de la población, la condición médica del paciente, los perfiles epidemiológicos y demás factores que incidan en la demanda de prestación del servicio de salud por parte de la población colombiana. (...)*”.

Que las precitadas disposiciones facultaron a este Ministerio para reglamentar lo pertinente y, especialmente, el artículo 124 ya citado, se pronunció sobre la necesidad de que su reglamentación obedezca a criterios de gradualidad, así como a las condiciones y factores allí establecidos para la prestación del servicio de salud.

En mérito de lo expuesto,



RESUELVE:

Artículo 1°. Agendas abiertas para asignación de citas. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, directamente o a través de la red de prestadores que definan, deberán tener agendas abiertas para la asignación de citas de medicina especializada la totalidad de días hábiles del año. Dichas entidades en el momento en que reciban la solicitud, informarán al usuario la fecha para la cual se asigna la cita, sin que les sea permitido negarse a recibir la solicitud y a fijar la fecha de la consulta requerida.

Parágrafo 1°. En los casos en que la cita por medicina especializada requiera autorización previa por parte de la Entidad Promotora de Salud (EPS), esta deberá dar respuesta sin exceder los cinco (5) días hábiles, contados a partir de la solicitud.

Parágrafo 2°. Cuando por la condición clínica del paciente, especialmente, tratándose de gestantes y de pacientes que presenten diagnóstico presuntivo o confirmado de cáncer, el profesional tratante defina un término para la consulta especializada, la Entidad Promotora de Salud (EPS), gestionará la cita, buscando que la misma sea asignada, en lo posible, dentro del término establecido por dicho profesional.

Parágrafo 3°. La asignación de las citas de odontología general y medicina general, no podrá exceder los tres (3) días hábiles, contados a partir de la solicitud, salvo que el paciente las solicite de manera expresa para un plazo diferente. Dichas entidades en el momento en que reciban la solicitud, informarán al usuario la fecha para la cual se asigna la cita, sin que les sea permitido negarse a recibir la solicitud y a fijar la fecha de la consulta requerida.

Artículo 2°. Obligación de registro. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, directamente o a través de la red de prestadores, estarán obligadas a disponer de un sistema de información para las citas de odontología, medicina general y medicina especializada, en el que se registren los siguientes datos: (i) la identificación del usuario y datos de contacto, (ii) la fecha en que el usuario solicita la cita, (iii) la fecha en que el usuario solicita le sea asignada la cita; (iv) la fecha para la cual se asigna la cita, y (v) institución prestadora de servicios de salud donde se asigna la cita, identificándola con el código del Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud.

Parágrafo. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, directamente o a través de la red de prestadores, deberán contar con mecanismos no presenciales para recibir la solicitud y asignar las citas de odontología, medicina general y medicina especializada e incrementar su cobertura de manera progresiva.

Artículo 3°. Medición de la oportunidad de citas. Con base en el registro de que trata el artículo 2° de la presente resolución, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, mensualmente deberán cuantificar la siguiente información para las citas de odontología, medicina general y medicina especializada, asignadas en el mes anterior a la cuantificación, discriminada por tipo, especialidad y departamento o distrito del domicilio del solicitante, así:

1. El número total de citas asignadas.



2. Sumatoria de la diferencia de días entre la fecha para la cual se asignó la cita y la fecha en la cual el usuario solicitó la cita.
3. Sumatoria de la diferencia de días entre la fecha para la cual se asignó la cita y la fecha para la cual el usuario solicitó le fuera asignada.
4. Tiempo promedio de espera, según fecha en que se solicita la cita, sumatoria de la diferencia de días entre la fecha en que se asignó la cita y la fecha en la cual el usuario la solicitó (3.2) / Número de citas asignadas (3.1).
5. Tiempo promedio de espera, según fecha para la cual se solicita la cita, sumatoria de la diferencia de días entre la fecha para la cual se asignó la cita y la fecha para la cual el usuario solicitó le fuera asignada (3.3) / Número de citas asignadas (3.1).
6. Teniendo en cuenta los datos utilizados para el tiempo promedio de espera, se deberá cuantificar el número mínimo y máximo de días de espera para las citas asignadas durante el mes anterior a la cuantificación, discriminado por tipo de especialidad.
7. Número de horas-especialista, contratadas o disponibles para cada especialidad en el mes anterior a la cuantificación.

Artículo 4°. *Publicación de tiempos de espera.* La información de tiempos de espera de medicina especializada, cuantificada con la metodología definida en el artículo 3° de la presente resolución, deberá mantenerse actualizada y publicarse dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes en la página web de la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS). Esta información deberá estar disponible para ser consultada a través de diferentes canales de información.

Artículo 5°. *Optimización de la oportunidad de la consulta médica especializada.* Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), incluirán en su Programa de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad, el análisis periódico de la información generada con aplicación de lo dispuesto en la presente resolución, así como de la pertinencia de la remisión a consulta especializada y de la contrarremisión oportuna al médico general, para proceder a adecuar su red y optimizar la oportunidad de la consulta médica especializada. Esta información podrá ser solicitada en cualquier momento tanto por el Ministerio de Salud y Protección Social, como por la Superintendencia Nacional de Salud.

Artículo 6°. *Vigilancia y control.* El cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución estará a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud y demás organismos de inspección, vigilancia y control, según las competencias definidas en las normas vigentes.

Artículo 7. *Vigencia y derogatorias.* La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación, salvo lo dispuesto en los artículos 2°, 3°, 4° y 5°, que entrarán a regir cuatro (4) meses después, término este a partir del cual, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, deberán dar aplicación a lo allí dispuesto. Igualmente, deroga las disposiciones que le sean contrarias.



RESOLUCION 3489 DE 2013

Por la cual se definen los lineamientos para efectos de la ejecución de los recursos por concepto de aportes patronales, de que trata el artículo 8 del Decreto 196 de 2013

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial, de las conferidas por el artículo 2 del Decreto –Ley 4107 de 2011 y en desarrollo de lo establecido en los artículos 3 y 8 de la Ley 1608 y del Decreto 196 de 2013, respectivamente, y

CONSIDERANDO

Que de acuerdo con lo previsto en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1608 de 2013, durante los años 2013 y 2014, los recursos del Sistema General de Participaciones, transferidos sin situación de fondos y presupuestados por las Empresas Sociales del Estado por concepto de aportes patronales, no estarán sujetos al reconocimiento por servicios prestados y se considerarán subsidio a la oferta.

Que mediante Decreto 196 de 2013 se fijó el procedimiento y los criterios de distribución y asignación de los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud en el componente de prestación de servicios a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

Que el inciso final del artículo 8 de dicho decreto, estableció que durante las vigencias en que los aportes patronales se consideren subsidio a la oferta, no habrá lugar a exigencia de reconocimiento de servicios contra dichos recursos y que las entidades territoriales monitorearán su ejecución y exigirán como mínimo de las Empresas Sociales del Estado, el cumplimiento de metas de producción de servicios y de gestión financiera, de acuerdo con los lineamientos que este Ministerio defina.

Que conforme con lo anterior, se hace necesario definir los lineamientos con base en los cuales, las entidades territoriales monitorearán y exigirán a las Empresas Sociales del Estado, el cumplimiento de metas de producción de servicios y de gestión financiera, para efectos de la ejecución de los recursos de que trata el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1608 de 2013, en concordancia con lo previsto en el artículo 8 del Decreto 196 de 2013.



RESUELVE

Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto definir los lineamientos acorde con los cuales, las entidades territoriales monitorearán y exigirán a las Empresas Sociales del Estado, el cumplimiento de metas de producción de servicios y de gestión financiera, para la ejecución de los recursos de que trata el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1608 de 2013, en armonía con el artículo 8 del Decreto 196 de 2013.

Artículo 2. Lineamientos para efectos de la ejecución de los recursos. Las Empresas Sociales del Estado cumplirán las metas de producción y de gestión financiera, de acuerdo con los servicios habilitados y los siguientes lineamientos:

- a. La producción de servicios prestados para la atención de la población pobre no asegurada y servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, requeridos por la población afiliada al Régimen Subsidiado, tomando como criterio de referencia, el promedio de al menos tres vigencias anteriores a aquella para la cual se fije la meta.
- b. El recaudo corriente respecto de lo registrado por tales conceptos en las tres últimas vigencias.
- c. La gestión de cartera, respecto de lo registrado por tales conceptos en las tres últimas vigencias.

Parágrafo 1. Para efectos de lo establecido en este artículo, se tendrá en cuenta el procedimiento de información periódica y sistemática de que trata el Decreto 2193 de 2004 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Parágrafo 2. Los servicios prestados, incluidos en las metas de producción a que refiere el literal a) del presente artículo, no estarán sujetos a facturación. El reconocimiento y pago de los servicios adicionales, se hará teniendo en cuenta la tarifa y el mecanismo de pago acordado entre la entidad territorial y la Empresa Social del Estado.

Artículo 4. Suscripción y seguimiento de metas. Las metas definidas por las entidades territoriales con base en los lineamientos a que refiere el artículo 2 de esta resolución, deberán consignarse en documento debidamente firmado por las partes, el cual reposará en la respectiva entidad territorial, quien a su vez, deberá realizar seguimiento periódico a las mismas.

Artículo 5. Vigencia y derogatorias. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 84 de 119

CIRCULARES

Cra. 13 No. 32-76 Bogotá D.C

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 www.minsalud.gov.co



CIRCULAR 34 DE 2013 (Septiembre 25)

Asunto: garantía de la afiliación a los sistemas generales de seguridad social en salud y riesgos laborales.

El Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento de sus funciones y, en especial, aquellas relacionadas con la operación del aseguramiento en salud y riesgos laborales, ante el cúmulo de peticiones, quejas y reclamos presentados por los ciudadanos sobre las trabas y/o requisitos adicionales que vienen aplicando para la afiliación o traslado, las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado y contributivo y las administradoras de riesgos laborales, insta a estas entidades al cumplimiento de las condiciones establecidas en el marco legal vigente para la afiliación y/o traslado de los ciudadanos residentes en el país a los sistemas mencionados, cuyos principales mandatos son:

I. Sistema general de seguridad social en salud

Conforme a lo establecido en las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, les asiste a las entidades promotoras de salud, indistintamente del régimen de salud que operen: organizar la forma y los mecanismos a través de los cuales sus afiliados con su núcleo familiar acceden a los servicios de salud en todo el territorio nacional; cumplir con la obligación de aceptar a toda persona que ostente los requisitos para ingresar al sistema general de seguridad social en salud; definir los procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y su núcleo familiar a los prestadores de servicios de salud con los cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia en caso de enfermedad del afiliado y su familia; establecer procedimientos que garanticen la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad, en los servicios que demanden los afiliados y su grupo familiar a los prestadores de servicios de salud y cumplir con los requerimientos de información relacionados con la afiliación del afiliado y su núcleo familiar, novedades laborales, recaudos por cotizaciones y desembolsos por el pago de la prestación de servicios.

En consecuencia, las entidades promotoras de salud que operan el régimen subsidiado o contributivo, están obligadas a:

— Afiliar al sistema general de seguridad social en salud a las personas que reúnan las condiciones para ingresar al régimen contributivo o subsidiado, por primera vez o por solicitud de traslado de EPS del afiliado, en ejercicio del derecho a la libre escogencia de entidad promotora de salud, en el marco de operación de cada régimen. En ningún caso, a un afiliado que se encuentre suspendido por el no pago de aportes se le podrá negar la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, sin perjuicio de la obligación de las entidades promotoras de salud de adelantar las labores administrativas y ejercer las acciones que resulten procedentes conforme a la ley, a fin de garantizar un cumplido y completo recaudo de los aportes que financian el sistema.



— Garantizar la permanencia en el régimen subsidiado a la población que se encuentra afiliada, independientemente de los puntos de corte adoptados para el nivel 1 y 2 en la Resolución 3778 de 2011, por aplicación del Sisbén metodología III.

— La población a quien se le haya aplicado la encuesta Sisbén metodología III, que no se encuentre afiliada al régimen subsidiado y que de acuerdo con los puntos de corte consagrados en la citada resolución quede clasificada en los niveles 1 y 2, se afiliará a dicho régimen a través de subsidios plenos.

— Gestionar el reporte de la novedad de traslado entre entidades, atendiendo la forma y condiciones que para este reporte establece el aparte 3 del anexo técnico de la Resolución 1344 de 2012, modificada por la Resolución 3879 del mismo año, tanto para las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado como del contributivo, en el sentido de cumplir las actividades propias del rol de entidad 1 o entidad 2, determinadas en el trámite administrativo de la solicitud de traslado del afiliado y su núcleo familiar.

— Garantizar la continuidad en el aseguramiento al afiliado del régimen subsidiado cuando emigre permanentemente a un municipio diferente al de afiliación, en razón a que en el marco de la portabilidad, su afiliación en el municipio receptor se hará con base en el nivel Sisbén establecido para su anterior afiliación, hasta tanto el municipio receptor practique una nueva encuesta.

— Garantizar la continuidad en la afiliación al régimen contributivo a las personas inscritas en el registro de independientes de bajos ingresos, Ribí, y que se encontraban como cotizante 41 o 42 en la planilla integrada de liquidación de aportes, Pila, a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4465 de 2011, es decir, al 25 de noviembre de 2011.

— Afiliar de forma automática a los recién nacidos hijos de una beneficiaria, para lo cual bastará únicamente el certificado de nacido vivo. La atención en salud para el recién nacido en ningún caso estará supeditada a la existencia de contrato o autorización previa por parte de las entidades promotoras de salud y/o entidades territoriales; en consecuencia, las instituciones prestadoras de servicios de salud estarán obligadas a prestar el servicio y las EPS y entidades territoriales a realizar el pago correspondiente.

— Garantizar el acceso a los servicios de salud a los beneficiarios del cotizante, mayores de 18 y menores de 25 años que sean estudiantes con dedicación exclusiva, para lo cual será suficiente la verificación de su inclusión en la base de datos dispuesta para el efecto por este ministerio, teniendo en cuenta, las fechas límites establecidas para el reporte de información de los estudiantes matriculados por las instituciones de educación superior y de educación para el trabajo y el desarrollo humano. En el evento que el beneficiario del cotizante no figure en la base de datos o que la información allí reportada presente inconsistencias, le corresponde a la EPS agotar el procedimiento de comunicación al beneficiario, respetando el plazo de treinta (30) días para que este pueda acreditar su condición.

— Cumplir los plazos establecidos en las directrices impartidas por este ministerio para el traslado de los afiliados al régimen subsidiado, cuando la Superintendencia Nacional de Salud ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a una entidad promotora de salud y/o la revocatoria de la autorización para su funcionamiento.



Así mismo, atender los procesos establecidos para el traslado de los afiliados, cuando se trate del retiro voluntario o liquidación voluntaria de la entidad promotora de salud.

Por su parte, las entidades territoriales responsables de la operación del régimen subsidiado, en ejercicio de sus funciones, propenderán por el oportuno cumplimiento del procedimiento de traslado en el régimen subsidiado.

II. Sistema general de riesgos laborales

En el marco de las disposiciones previstas en la Ley 1562 de 2012 y en los decretos 1295 de 1994, 1530 de 1996, 1607 de 2002 y 723 de 2013, las administradoras de riesgos laborales deberán dar cumplimiento, entre otras, a las siguientes obligaciones:

— Adelantar la promoción y asesoría para la afiliación a los empleadores y los trabajadores independientes.

— No podrán supeditar la afiliación a ningún otro requisito distinto al formulario único contenido en el anexo técnico 1 de la Resolución 2087 de 2013.

— No podrán rechazar, dilatar, dificultar o negar la afiliación de las empresas, ni a los trabajadores de estas. Tales conductas pueden generar multas sucesivas de hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

— Tratándose de un nuevo afiliado, deberán expedir el carné dentro de los dos (2) meses siguientes a su afiliación, el cual deberá contener como mínimo:

- El encabezado deberá decir República de Colombia, sistema general de riesgos laborales.
- Nombre de la administradora de riesgos laborales.
- Nombre, apellidos y cédula del afiliado.
- Nombre y NIT de la empresa en la cual trabaja el afiliado.
- Teléfono de una línea de servicio al cliente, la cual estará a disposición del usuario durante las 24 horas del día.

Garantizar y proporcionar a sus empresas afiliadas, la asesoría, capacitación y asistencia técnica para el diseño y desarrollo del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo y el plan de trabajo anual, sin importar el número de trabajadores y cotización de la empresa.

Capacitar y dar asistencia técnica en lo relacionado con los programas regulares de prevención y control de riesgos laborales, diseño, montaje y operación de los sistemas de vigilancia epidemiológica, conforme a la actividad económica de la empresa.

Desarrollar hacia sus empresas afiliadas, como mínimo, las actividades básicas para la protección de la salud de los trabajadores establecidas en el Decreto-Ley 1295 de 1994 y la Ley 1562 de 2012.



Corresponde a los empleadores, entre otras, el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

Afiliarse al sistema general de riesgos laborales, previa selección de una de las administradoras de riesgos laborales, ARL, autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Informar a la administradora de riesgos laborales la actividad económica principal y sus centros de trabajo si los posee. Para el efecto, debe recibir la asesoría de la administradora de riesgos laborales, con el objeto de definir la correcta clasificación según lo establecido en la Ley 1562 de 2012 y el Decreto 1607 de 2002.

Los trabajadores independientes con contratos cuya duración sea superior a un (1) mes, deben escoger libremente la administradora de riesgos laborales, afiliándose a una sola de ellas; el trámite de la afiliación se realizará por intermedio del contratante. En el caso que el trabajador independiente contratista a su vez sea trabajador dependiente, deberá seleccionar la misma administradora de riesgos laborales en la que se encuentre afiliado como dependiente.

El contratante será responsable por el trámite de liquidación de aportes, pago y traslado de las cotizaciones a las administradoras de riesgos laborales, cuando los contratistas laboren en actividades de alto riesgo (riesgo IV y V). Al trabajador independiente contratista de riesgo I, II o III le corresponde pagar de manera anticipada el valor de la cotización al sistema general de riesgos laborales.

Los servicios de salud que demande el afiliado, derivados de accidente de trabajo o enfermedad laboral, serán prestados a través de la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliado en el sistema general de seguridad social en salud, salvo los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos laborales; en todo caso, los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo laboral, estarán a cargo de la entidad administradora de riesgos laborales correspondiente.

Por ningún motivo las instituciones prestadoras de servicios de salud, sean públicas, privadas o mixtas, podrán negar la prestación del servicio de urgencias a los afiliados al sistema general de riesgos laborales por accidente de trabajo o enfermedad laboral.

III. Sistema general de riesgos laborales para el sector minero

Además de las obligaciones generales reiteradas en el numeral anterior, los actores del sistema general de riesgos laborales, deberán tener en cuenta para el sector minero:

— Las administradoras de riesgos laborales no pueden supeditar la afiliación de las empresas dedicadas a la actividad minera, a la presentación del título minero, ni de ningún otro documento distinto al formulario único contenido en el anexo técnico 1 que hace parte integral de la Resolución 2087 de 2013, previsto en esta norma como el documento idóneo para la afiliación, retiro y novedades de trabajadores y contratistas al sistema general de riesgos laborales.

— Los empleadores o empresarios mineros deberán afiliar directamente a sus trabajadores al sistema general de riesgos laborales; en consecuencia y conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, les está prohibido vincularlos por medio de cooperativas de trabajo asociado, CTA, que



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 89 de 119

realicen intermediación para el desarrollo de actividades misionales permanentes, teniendo en cuenta que la esencia de las CTA es agrupar trabajadores independientes para prestar un servicio por su cuenta y riesgo con autonomía administrativa, ya que cuentan con los medios y recursos para ejecutarlo.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 90 de 119

CONCEPTOS JURIDICOS



III. BOGOTÁ D.C.

Señora
YANETH VILLALBA
hseq@gesam.com.co

Asunto: Aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral de un estudiante en práctica a través de convenio universitario de pasantía.

Respetada señora Yaneth:

Hemos recibido su comunicación por la cual consulta acerca de la obligación que tiene un estudiante frente al Sistema General de Seguridad Social Integral, que se encuentra realizando su práctica estudiantil a través de convenio universitario de pasantía. Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

Frente al caso concreto objeto de su consulta, debe señalarse en primer lugar que la figura de la pasantía no se encuentra reglamentada en ningún precepto legal; sin embargo, para efectos de realizar un análisis del asunto, es pertinente invocar la figura del contrato de aprendizaje, definido por el artículo 1° del Decreto 933 de 2003¹, que reglamentó la Ley 789 de 2002², así:

“Artículo 1°. Características del contrato de aprendizaje. El contrato de aprendizaje es una forma especial de vinculación dentro del Derecho Laboral, sin subordinación y por un plazo no mayor a dos (2) años en la que una persona natural recibe formación teórica en una entidad de formación autorizada con el auspicio de una empresa patrocinadora que suministra los medios para que adquiera formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación dentro del manejo administrativo, operativo, comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades del patrocinador con exclusividad en las actividades propias del aprendizaje y el reconocimiento de un apoyo de sostenimiento que garantice el proceso de aprendizaje y el cual, en ningún caso, constituye salario”.

De otro lado, el artículo 5° del citado decreto, respecto a la obligación de los aprendices frente al Sistema General de Seguridad Social Integral, consagró:

“Artículo 5°. Afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral. La afiliación de los aprendices alumnos y el pago de aportes se cumplirá plenamente por parte del patrocinador así:

- a) Durante las fases lectiva y práctica el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud y la cotización será cubierta plenamente por la empresa patrocinadora, sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente.

¹ Por medio del cual se reglamenta el Contrato de Aprendizaje y se dictan otras disposiciones

² Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.



- b) *Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado al Sistema de Riesgos Profesionales por la Administradora de Riesgos Profesionales, ARP, que cubre la empresa patrocinadora sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente.*
(...)

A su vez, el artículo 7 ibídem, señala taxativamente las prácticas y/o programas que no constituyen contratos de aprendizaje, excluyendo las pasantías, al establecer en el numeral primero lo siguiente:

“1. Las actividades desarrolladas por los estudiantes universitarios a través de convenios suscritos con las instituciones de educación superior en calidad de pasantías que sean prerrequisito para la obtención del título correspondiente”.

Ahora bien, frente a la figura de la pasantía y aunque se reitera, ésta no cuenta con una definición legal, se entiende que está referida a la actividad que los estudiantes realizan como requisito sine qua non para obtener el grado profesional, donde se observa una relación eminentemente práctica por parte del estudiante y de acompañamiento por parte de un maestro, asesor o tutor que supervisa y monitorea el trabajo del pasante.

Hecha la precisión anterior, las pasantías pueden ubicarse dentro de las prácticas y programas que desarrollan las instituciones educativas y que no constituyen un contrato de aprendizaje; concluyendo entonces, que la pasantía no se asimila a una relación de carácter laboral, toda vez que no hay normativa legal que le haya dado dicha connotación.

En este orden de ideas y frente a lo consultado, es preciso señalar que no hay norma regulatoria del Sistema General de Salud y Pensiones, que establezca de forma expresa una obligación del pasante de afiliarse y cotizar a los sistemas en comento.

En lo atinente al Sistema General de Riesgos Laborales, debe indicarse que los pasantes sí son considerados como afiliados obligatorios al mismo, de acuerdo con lo previsto por el numeral 4º del literal a) del artículo 2º de la Ley 1562 de 2012³, que modifica el artículo 13 del Decreto-Ley 1295 de 1994⁴, así:

“Artículo 2º. Modifíquese el artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 13. Afiliados. *Son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales:*

- a) *En forma obligatoria:*

(...)

4. Los estudiantes de todos los niveles académicos de instituciones educativas públicas o privadas que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida dentro del

³ *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.*

⁴ *Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales*



*año siguiente a la publicación de la presente ley por parte de los Ministerio de Salud y Protección Social”
(resaltado fuera de texto).*

En este caso y aunque la norma transcrita anteriormente prevé la afiliación obligatoria de los pasantes al Sistema General de Riesgos Laborales, dicha disposición no ha sido reglamentada, ante lo cual es importante resaltar que a la fecha esta entidad en conjunto con el Ministerio de Educación, se encuentra estudiando y analizando la reglamentación del numeral 4º literal a) del artículo 2º de la Ley 1562 de 2012 en referencia, a efectos de determinar las condiciones de afiliación de los estudiantes que requieren ejecutar trabajos o entrenamiento como requisito para culminar sus estudios, por lo que, una vez se expida la reglamentación, será publicada en el Diario Oficial para conocimiento de todos los ciudadanos, momento en el cual la afiliación que dispone la norma en cita se hará aplicable en los términos que así se establezca.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Bogotá D.C.,

Señora
DEISSY GONZALEZ FONSECA
deissygf@gmail.com

Asunto: Otorgamiento de licencia de maternidad e incapacidad por enfermedad general.

Respetada señora Deissy:

Procedente de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, hemos recibido su comunicación por la cual plantea varios interrogantes relacionados con el otorgamiento al parecer de una incapacidad y una licencia de maternidad de forma simultánea. Al respecto y advirtiendo previamente que su escrito no es muy claro y que fue remitido a esta Dirección sin los anexos que anuncia, me permito señalar:

Frente al tema objeto de consulta, se hace necesario precisar que la incapacidad por enfermedad común y la licencia de maternidad, son dos conceptos completamente diferentes. Por el primero se entiende no sólo la imposibilidad física para trabajar originada por una enfermedad de origen común, es decir no laboral, sino también el reconocimiento económico y pago del mismo que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que **estén inhabilitados física o mentalmente** para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual; mientras que la licencia de maternidad es el derecho que asiste a la trabajadora en estado de embarazo, de disfrutar de un descanso remunerado de catorce (14) semanas, el cual incluye las dos semanas del descanso preparto.

Partiendo de tal diferenciación y conforme la información contenida en su escrito de consulta, se evidencia que el médico tratante de la Clínica El Bosque le concedió licencia de maternidad entre el 29 de noviembre de 2012 y el 12 de marzo de 2013, esto es, por 104 días o 15 semanas, lo cual desborda lo dispuesto en la normativa vigente para embarazos de un único feto a término. En efecto, señala el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011⁵:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto. *Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso...”*

Ahora bien, respecto a la forma como debe calcularse el tiempo por el cual se reconoce la licencia de maternidad, debemos acudir a lo establecido para el efecto en el literal b) del numeral 1 de la Circular Conjunta 013 de 2012, expedida por los Ministerios de Trabajo y de Salud y Protección Social, así:

“... b) Inicio de la licencia

⁵ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones



La licencia iniciará desde el día que la madre gestante empiece efectivamente a disfrutar del descanso preparto (hasta 14 días antes del parto) y se extenderá hasta completar el tiempo total de la misma, con todas las consideraciones adicionales de que trata la Ley 1468 de 2011. En la determinación del tiempo de descanso preparto, prevalecerá el criterio médico, siendo de imperiosa observancia el goce de la semana anterior a la fecha probable del parto”.

Para el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta la poca claridad de la información suministrada en su comunicación, podría considerarse que el médico al valorarla determinó que debía tomar la licencia de maternidad preparto desde ese momento, esto es, el 29 de noviembre de 2012 y hasta el día del parto que aparentemente ocurrió el 13 de diciembre de dicho año, esto es dos semanas previas al nacimiento, lo cual se ajusta a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 1 de la citada Ley 1468 de 2011, el cual determina lo siguiente:

“... 7. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el posparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto

(...)

PARÁGRAFO 2o. De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Bajo esa hipótesis, su licencia de maternidad debió culminar a finales de febrero de 2013, esto es, doce semanas después del parto, porque ya había tomado dos semanas previas a éste. De esto modo, no podría entenderse que las semanas otorgadas antes del parto correspondan a una incapacidad, porque el término concedido, como ya se mencionó fue de 104 días.

Hechas las anteriores precisiones damos respuesta a sus interrogantes:

1. ¿La EPS tiene la facultad para exigir modificaciones en las incapacidades?

En términos generales quien determina cuanto tiempo requiere una persona para recuperar su salud, es el médico tratante, por lo que la EPS no puede modificar la incapacidad ni exigir al médico que lo haga; salvo cuando se trata de la transcripción de incapacidad, esto es, cuando ha sido expedida por un profesional ajeno a la red de servicios de la EPS, caso en el cual, dependiendo del procedimiento de cada Entidad Promotora de Salud, ésta solicitará la evaluación por uno de sus médicos quien definirá el tiempo y la pertinencia de la incapacidad, o simplemente negará el reconocimiento por haberse acudido a servicios fuera de la red.

En su caso, no parece ser esta la situación, pues como ya se mencionó el médico estaba concediendo la licencia de maternidad, la que se rige por términos preestablecidos, excepto las dos



semanas de preparto, que reiteramos se determina su pertinencia, atendiendo el criterio médico, como lo consagra el literal b) de la Circular 013 de 2012, ya referenciado.

Tal criterio, sin embargo, está enmarcado en el carácter profesional libre y responsable del acto médico que lo compromete, al expedir la licencia de maternidad o el certificado de incapacidad, tal como lo prevé la Ley 23 de 1981⁶.

Así las cosas y a manera conclusión, de lo expuesto podría entenderse que el médico pudo haber otorgado una licencia de maternidad que excedía el término autorizado por la ley o haber equivocado los procedimientos y en un solo formato conceder la licencia y la incapacidad, lo que en todo caso, no es posible determinar por este Ministerio con los elementos de juicio suministrados. De otro lado, es improcedente que se solicite la modificación de la incapacidad, si se tiene en cuenta que de manera general, el procedimiento a seguir implica que la Entidad Promotora de Salud deba establecer la situación con la historia clínica y el médico y así definir los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

2. ¿Que pasa con los primeros 15 días, los deben tomar como incapacidad general y no proveniente del embarazo. Deben ser descontados por el empleador como si fueran una incapacidad por enfermedad general?

Uno de los principios fundamentales a los que atiende el trámite y pago de incapacidades tanto de origen común como laboral y las licencias de maternidad y paternidad, es la imposibilidad de que se presente la simultaneidad entre cualquiera de estas situaciones; por tanto, el trabajador tiene derecho a un solo reconocimiento económico. Así las cosas, en su caso particular y de acuerdo con lo analizado, aparentemente hay dos semanas que no cuentan con un soporte claro que establezca si las mismas corresponden a una incapacidad o maternidad, por tal razón, le corresponderá a la EPS en su trabajo de auditoría determinarlo.

En los anteriores términos damos respuesta a las inquietudes planteadas, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶ Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.



1.2. Bogotá D.C.,

Señor
CIRO VEGA
cirovegab@hotmail.com
Maicao – Guajira

ASUNTO: Cobro de medicamentos anestésicos y material utilizado para su aplicación.

Respetado señor Vega:

Hemos recibido su comunicación por la cual consulta “BAJO QUE CRITERIOS TÉCNICOS O LEGALES LOS MEDICAMENTOS ANESTÉSICOS Y MATERIALES UTILIZADOS PARA SU APLICACIÓN. NO SE COBRAN EN LA FACTURA Y ESTÁN INCLUIDOS EN LOS HONORARIOS DEL ANESTESIOLOGO” (sic). Al respecto y previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

El Decreto 2423 de 1996⁷, reguló la nomenclatura y clasificación de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios del Manual Tarifario y especialmente en el capítulo V, estableció las tarifas para los servicios intrahospitalarios y ambulatorios, estancias, servicios profesionales, derechos de sala, materiales, suministros y equipos.

En cuanto a los servicios profesionales de los anesthesiologists, el artículo 48⁸ del decreto en comento los clasificó en su numeral 2, junto con los derechos de sala, materiales, suministros, equipos y rehabilitación integral, desde el grupo 002 hasta el 13, incluyendo unos grupos especiales del 20 al 23 y previendo que si a criterio del médico tratante, para la práctica de exámenes y procedimientos se necesita anestesia general, ésta se reconocerá al 50% de la tarifa establecida para el respectivo procedimiento.

En virtud de lo expuesto, es claro que en el Manual Tarifario no existe ninguna disposición normativa que defina que en el concepto de “*Servicios Profesionales del Anestesiólogo*” se puedan incluir los

⁷ “Por el cual se determina la nomenclatura y clasificación de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios del Manual Tarifario y se dictan otras disposiciones ”

⁸ “ARTICULO 48. Reconocer en Salarios Mínimos Legales Diarios Vigentes para los servicios profesionales, por concepto de la atención científica médico y/o quirúrgica, cuando la Institución Prestadora del Servicio aporta los recursos necesarios para la atención integral, así:

(...)

2. *Servicios Profesionales del anesthesiologist*:

(...)

En los exámenes y procedimientos diagnósticos y tratamiento, relacionados en el Capítulo II de este Decreto, que según criterio médico tratante, necesitan para su práctica de anestesia general, se reconocerá el cincuenta por ciento (50% de la tarifa establecida para el respectivo procedimiento. Se exceptúa los que se relacionan a continuación, los cuales se reconocerán así

(...)”



costos de los materiales y medicamentos anestésicos que se requieran para el procedimiento que realizaría dicho profesional.

Ahora bien, es preciso indicar que de conformidad con lo reglado en el Decreto 887 de 2001⁹, el Manual Tarifario adoptado por el Decreto 2423 de 1996, es de obligatorio cumplimiento en los casos originados por accidente de tránsito, desastres naturales, atentados terroristas y atención de urgencias; por lo tanto, si el anesthesiólogo presta sus servicios dentro de los enunciados eventos, se entendería que sus honorarios se pagarán de conformidad con lo previsto en el precitado manual.

Por último, si la atención en salud prestada al usuario no se enmarca dentro de las eventualidades especiales que el Decreto 887 de 2001, contempló como de obligatoria aplicación del Manual Tarifario, los costos de los medicamentos anestésicos y el material utilizado para su aplicación por parte del anesthesiólogo, se cancelarán de la forma en que se haya pactado en el respectivo contrato que el profesional haya celebrado con la Entidad Promotora de Salud - EPS o la Institución Prestadora de Servicios de Salud - IPS.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.

⁹ “ Por el cual se modifica el artículo 1 del Decreto 2423 de 1996”



Bogotá D.C.

Señora
LAURA LUCRECIA CASAS HENAO
Diagonal 83 B No. 77-33
Bogotá D.C.

ASUNTO: Pago de la licencia de maternidad cuando la servidora pública ha solicitado una licencia no remunerada

Respetada señora Laura Lucrecia:

Procedente del Ministerio del Trabajo, hemos recibido su comunicación por la cual consulta sobre el pago de la licencia de maternidad después de haber tomado una licencia no remunerada por doce (12) días y si se encontraba obligada a reportar su estado de embarazo al empleador antes de tomar dicha licencia. Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

En primer lugar, debe indicarse que en el marco de lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 2011¹⁰, modificado en algunos apartes por el Decreto 2562 de 2012¹¹, este Ministerio tiene como finalidad primordial el fijar la política en materia de salud y protección social, sin que dicha norma ni ninguna otra nos haya atribuido la competencia para definir de forma particular, si los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen derecho o no a acceder a las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad o maternidad, toda vez que ello es competencia de la Entidad Promotora de Salud – EPS, ante la cual la persona se encuentre afiliada.

Hecha la precisión anterior, es importante señalar que la licencia de maternidad es un beneficio que la ley laboral ha reconocido a la mujer que ha dado a luz, siempre que esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que además cumpla con ciertos requisitos. En ese sentido, es importante mencionar que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por los artículos 34 y 1 de las Leyes 50 de 1990¹² y 1468 de 2011¹³, respectivamente, establece:

¹⁰ *Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.*

¹¹ *por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, se crea una Comisión Asesora y se dictan otras disposiciones.*

¹² *Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.*

¹³ *Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*



“1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso...”

Ahora bien, para garantizar el pago de la licencia de maternidad por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Entidad Promotora de Salud – EPS, debe seguirse lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999¹⁴, que señala:

*“1. Haber cancelado **en forma completa** sus cotizaciones como empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que deben pagar al sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado **en forma oportuna** por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) anteriores a la fecha de causación del derecho.*

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias...” (Negrita fuera de texto)

Así mismo, debe acreditarse el cumplimiento de lo previsto en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000¹⁵, respecto del acceso a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, de la siguiente manera:

“2. Licencias por Maternidad: para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo 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. (Negrita fuera de texto)

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando existe 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”.

De esta forma y de acuerdo con lo señalado en la normativa transcrita líneas atrás, para que una Entidad Promotora de Salud – EPS asuma el pago de una licencia de maternidad, se requiere que se haya cotizado **durante todo el periodo de la gestación** y que el pago de esa cotización haya sido **ininterrumpido y oportuno**, condiciones que debe evidenciar su EPS al momento de estudiar el reconocimiento de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que usted disfrutó de una licencia no remunerada dentro del periodo de gestación.

Ahora bien, sobre el tema de la licencia no remunerada el artículo 71 del Decreto 806 de 1998¹⁶, señaló:

¹⁴ Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ 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.



“Artículo 71. *Cotizaciones durante el período de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo. En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato.*

En el caso de suspensión disciplinada o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período”. (Subrayado fuera de texto)

No obstante lo anterior, es preciso indicar que el inciso segundo contenido en la norma precitada, fue declarado NULO en la Sentencia con Radicación Número 11001-03-25-000-2006-00049-00(1067-06) de septiembre 22 de 2010, proferida por el Consejo de Estado - Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, mediante las siguientes consideraciones:

(...)

De licencia no remunerada y la sanción disciplinaria. Consecuente con lo hasta aquí expuesto, corresponde ahora establecer si las novedades laborales denominadas "suspensión disciplinaria" y "licencia no remunerada" en el régimen legal laboral de los empleados públicos suponen la vigencia del vínculo laboral con el Estado o si durante tales situaciones administrativas desaparece dicho vínculo, para finalmente determinar si el contenido normativo demandado debe o no anularse.

La licencia es la separación transitoria del ejercicio del cargo por solicitud propia que implica la interrupción de la relación laboral pública y la suspensión de los efectos jurídicos, y de los derechos y obligaciones del empleado. Esta situación administrativa esta (sic) consagrada como un derecho al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2400 de 1968, reiterado jurisprudencialmente en los siguientes términos:

"(...) La licencia ordinaria es un derecho incontestable del trabajador, que ha sido consagrado en forma reiterada en nuestra legislación y celosamente respetado por el empleador, por cuanto se ha entendido siempre que el hecho de tener que privarse, durante la licencia, de la contraprestación vital de su trabajo, que es el salario, hace que el trabajador use en forma prudente esta garantía que le otorga la ley.

(...)

En efecto, durante la ocurrencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, el servidor queda transitoriamente separado del ejercicio de su cargo, es decir, se presenta una interrupción de la relación laboral entre el servidor y la Administración y por ende durante su vigencia no percibe remuneración alguna y tampoco dicho término puede computarse para efectos prestacionales, no obstante que el vínculo laboral se mantiene vigente y es por ello que culminado el período de licencia o de sanción, el servidor debe reincorporarse inmediatamente a su empleo so pena de incurrir en abandono del cargo.

En este orden de ideas, puede concluir la Sala que la licencia no remunerada y la suspensión disciplinaria que no comporte retiro definitivo del servicio, no rompen la relación laboral, por lo que es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, al igual que ocurre en tratándose de empleador privado, pues no se evidencia una razón jurídica o fáctica



que haga procedente el trato diferente para uno u otro. El exceptuar al Estado en su carácter de empleador, de pagar el aporte a la Seguridad Social está desconociendo uno de los principios pilares del sistema de salud y que no es otro que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud por el cual propende nuestro Estado Social de Derecho.

(...)”

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema.

Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado.

Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social.

(...)” (El subrayado es nuestro)

En consecuencia, para el caso que nos ocupa y de conformidad con lo resuelto por el Consejo de Estado en la sentencia ya transcrita, queda claro que las entidades del sector público estarán obligadas a realizar sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando sus funcionarios disfruten de una licencia no remunerada, tal y como se aplica en el sector privado, es decir, deberán realizar dichos aportes por los días de duración de la licencia en comento, en la parte que de ordinario corresponde al empleador.

Por lo anterior y con base en las consideraciones expuestas líneas atrás, es preciso reiterar que será la Entidad Promotora de Salud –EPS, la que determine si usted ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la forma en que lo prevé la normativa vigente y la jurisprudencia aplicable para su caso en particular.

Ahora bien, con respecto de la obligación de informar al empleador el estado de embarazo en el que se encuentra la trabajadora, debe aclararse que la licencia de maternidad operará independientemente de que haya comunicado o no la existencia del embarazo, pues en el marco de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, dicha comunicación no ha sido establecida como un condicionamiento para el reconocimiento de la licencia en comento.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Bogotá D.C.,

Señor

JOSÉ JOAQUIN RODRÍGUEZ MURILLO

Calle 29 # 74 – 48. Apartamento 202.

Medellín- Antioquia

Asunto: Afiliación simultánea al régimen de excepción de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respetado Señor Rodríguez:

En atención a su solicitud, a través de la cual informa que mantiene simultáneamente su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Régimen Especial en Salud de la Policía Nacional, e indaga por la norma jurídica que lo obligaría a retirarse de alguno de los anteriores sistemas, pese a que las entidades a cargo del pago de su jubilación efectúen los descuentos correspondientes a salud, nos permitimos señalar lo siguiente:

El artículo 23 del Decreto Ley 1795 de 2000¹⁷, establece que se consideran como cotizantes obligatorios del régimen de cotización del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, entre otras, las siguientes personas:

“Artículo 23. AFILIADOS. Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP:

a) Los afiliados sometidos al régimen de cotización:

(...)

2. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión.

(...)”

Frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el inciso primero del artículo 279 de la Ley 100 de 1993¹⁸, ha previsto:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el

¹⁷ “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

¹⁸ “Por la cual se crea el sistema general de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”



Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

(...)"

De otra parte, el literal c) del numeral 1 del artículo 26 del Decreto 806 de 1998¹⁹, determinó que se consideran como cotizantes obligatorios del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, a las siguientes personas:

"(...)

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;

(...)"

A su vez, el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002²⁰, dispone que para efectos de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, **no podrán utilizar simultáneamente los servicios del régimen de excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.**

Por lo anterior, es preciso indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 14 ibídem, usted no puede estar afiliado a una Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y recibir servicios de ella, si de manera simultánea se encuentra afiliado a uno de los regímenes especiales o de excepción a que alude el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo expuesto y teniendo en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del Decreto Ley 1795 de 2000, usted es considerado como un cotizante obligatorio del régimen de cotización del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no sería viable su retiro de dicho sistema, por lo cual, y conforme a lo establecido en el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, deberá proceder a tramitar su retiro de la EPS ante la cual se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Aclarado lo anterior y dando aplicación a lo reglado en el inciso 2 del artículo 14 del Decreto 1703 de 2002²¹, es que la entidad pagadora de su pensión, otorgada dentro del Sistema General de

¹⁹ "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"

²⁰ "Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

²¹ Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Página 105 de 119

Pensiones, en cumplimiento de su deber de cotizar, previsto en el literal c) del numeral 1 del artículo 26 del Decreto 806 de 1998, debe girar los aportes en salud directamente ante el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, a través de los formatos establecidos en la Resolución 1408 de 2002, caso en el cual, sus servicios de salud continuarán siendo prestados por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y no por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por último y atendiendo su requerimiento, me permito remitirle copia del Decreto 1703 de 2002, norma que como ya se expresó, es la que en su artículo 14 prohíbe que una persona haga uso simultáneamente de los servicios de salud del Sistema General de Seguridad Social y de cualquiera de los regímenes especiales o de excepción previstos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

El presente concepto se emite en los términos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Bogotá, D.C

Señor
ZALATIEL SANCHEZ CASTILLO
brazaca@hotmail.com
Manzana 55 Casa 24 Barrio Kennedy
Girardot - Cundinamarca

Asunto: Pago de incapacidades y término que tienen las Entidades Promotoras de Salud - EPS para asignar una cita médica.

Respetado señor Sánchez:

Hemos recibido su comunicación por medio de la cual consulta sobre la manera como se cancela una incapacidad por enfermedad no profesional y, también se le resuelva el interrogante sobre cuál es el término que tienen las Entidades Promotoras de Salud –EPS, para asignarle al usuario del servicio una cita médica. Al respecto y previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo determina que *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”*. Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-543 del 18 de julio de 2007, *“(…) en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente (...)”*.

De otra parte, el parágrafo 1 del artículo 40²² del Decreto 1406 de 1999²³, define que *“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.”*

²² Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad

²³ Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones.



De la normativa citada anteriormente, se concluye como respuesta a su primera inquietud, que el pago de una incapacidad por enfermedad no profesional, se cancela de la siguiente manera:

1. A cargo del empleador: Los tres (3) primeros días de incapacidad, sobre el 66% del salario²⁴.
2. A cargo de la Entidad Promotora de Salud –EPS: A partir del día (4) hasta el día noventa (90) de incapacidad, sobre el 66% del salario; desde el día noventa y uno (91) hasta el ciento ochenta (180), el 50% del salario.

De esta forma, es preciso señalar que ninguna normativa a la fecha, ha previsto que una incapacidad por enfermedad general puede ser pagadera sobre el 100% del salario del trabajador, con excepción de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 2007, donde indicó que en los casos de trabajadores que devengan el Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, el monto de la prestación económica derivada de la incapacidad por enfermedad común, no puede ser inferior al SMLMV.

Ahora bien, como respuesta a su segunda inquietud y frente al término que tienen las Entidades Promotoras de Salud - EPS para programar una cita de consulta médica u odontológica general o consulta especializada, es preciso indicar que sobre el particular los artículos 123²⁵ y 124²⁶ del Decreto 0019 de 2012²⁷, reglamentados por la Resolución 1552 de 2013²⁸, expedida por este Ministerio, establecieron los lineamientos y directrices generales para proceder a dicha programación, resaltando principalmente en el artículo 1 de la resolución en cita, lo siguiente:

“Artículo 1°. Agendas abiertas para asignación de citas. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, directamente o a través de la red de prestadores que definan, deberán tener agendas abiertas para la asignación de citas de medicina especializada la totalidad de días hábiles del año. Dichas entidades en el momento en que reciban la solicitud, informarán al usuario la fecha para la cual se asigna la cita, sin que les sea permitido negarse a recibir la solicitud y a fijar la fecha de la consulta requerida.

²⁴ CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO: Artículo 127. Elementos Integrantes: .(Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

²⁵ DECRETO 0019 DE 2012: Artículo 123. Programación de citas de consulta general: Reglamentado parcialmente por la Resolución Min. Salud 1552 de 2013. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, deberán garantizar la asignación de citas de medicina general u odontología general, sin necesidad de hacer la solicitud de forma presencial y sin exigir requisitos no previstos en la Ley. La asignación de estas citas no podrá exceder los tres (3) días hábiles contados a partir de la solicitud. De igual forma, las EPS contarán con sistemas de evaluación y seguimiento a los tiempos de otorgamiento de citas que deberán reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud y publicarse periódicamente en medios masivos de comunicación. El incumplimiento de esta disposición acarreará las sanciones previstas en la ley. Parágrafo: El Ministerio de Salud y Protección Social podrá determinar las excepciones a lo dispuesto en este artículo para las zonas geográficas con restricción de oferta de salud y condiciones de acceso.

²⁶ DECRETO 0019 DE 2012. Artículo 124: Asignación de citas médicas con especialistas: Reglamentado parcialmente por la Resolución Min. Salud 1552 de 2013. La asignación de citas médicas con especialistas deberá ser otorgada por las Empresas Promotoras de Salud en el término que señale el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual será adoptada en forma gradual, atendiendo la disponibilidad de oferta por especialidades en cada región del país, la carga de la enfermedad de la población, la condición médica del paciente, los perfiles epidemiológicos y demás factores que incidan en la demanda de prestación del servicio de salud por parte de la población colombiana. Para tal efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social expedirá en los próximos tres meses a la vigencia del presente decreto la reglamentación correspondiente.

²⁷ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

²⁸ Por medio de la cual se reglamentan parcialmente los artículos 123 y 124 del Decreto ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones.



(...)

Parágrafo 3°. La asignación de las citas de odontología general y medicina general, no podrá exceder los tres (3) días hábiles, contados a partir de la solicitud, salvo que el paciente las solicite de manera expresa para un plazo diferente. Dichas entidades en el momento en que reciban la solicitud, informarán al usuario la fecha para la cual se asigna la cita, sin que les sea permitido negarse a recibir la solicitud y a fijar la fecha de la consulta requerida”.

Así las cosas y conforme con lo expuesto en la norma transcrita, es preciso tener en cuenta que para efectos de la asignación de citas de medicina especializada, las Entidades Promotoras de Salud – EPS, deben garantizar agendas disponibles todo el año, pues en este caso la norma no señala una restricción sobre el particular. Por su parte, para la asignación de citas de medicina y odontología general, dicha asignación no podrá exceder de tres (3) días hábiles desde el momento de solicitud.

Por último, es preciso señalar que si se presenta alguna irregularidad frente a la asignación de citas por parte de las Entidades Promotoras de Salud, en contravía de lo reglado en los artículos 123 y 124 del Decreto Ley 0019 de 2012 y la Resolución 1552 del mismo año, dicha circunstancia debe ser puesta en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que en el marco de las facultades conferidas por el Decreto 1018 de 2007,²⁹ efectuará las investigaciones y aplicará las sanciones a que hubiere lugar.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁹ Por el cual se modifica la Estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones



Bogotá D.C.,

Señor
IGOR CLAVIJO
igorclavijo@hotmail.com
Calle 26A No.16-97
Bogotá D.C.

Asunto: Vigencia y aplicación de la disposición normativa contenida en el artículo 121 del Decreto Ley 0019 de 2012.

Respetado señor Clavijo:

Hemos recibido su comunicación por medio de la cual plantea algunos interrogantes relacionados con la vigencia y aplicación de la disposición normativa contenida en el artículo 121³⁰ del Decreto Ley 0019 de 2012³¹. Al respecto y previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

La historia clínica con base en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981³², se define como: *“el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”*.

De igual forma, el literal a) del artículo 1 de la Resolución No.1995 de 1999³³; indica que: *“la historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”*.

A su vez, el artículo 14 de la citada resolución señala que *“podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley: 1) El usuario, 2) El Equipo de Salud, 3) Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley, 4) Las demás personas*

³⁰ Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

³¹ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública

³² Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Disposición normativa reglamentada por el Decreto 3380 de 1981.

³³ Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica. Ministerio de Salud, Julio 8 de 1999.



determinadas en la ley. *Parágrafo. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal*".

Respecto de la reserva de que goza la historia clínica, vale la pena traer en cita lo que sobre el tema ha expresado la Corte Constitucional en algunos apartes de la Sentencia T-1051 de 2008, así:

"(..) La información relacionada con el procedimiento de atención suministrado al paciente que reposa en la historia clínica, se encuentra protegida por la reserva legal, motivo por el cual, la información allí contenida no puede ser entregada o divulgada a terceros. Al respecto, en sentencia T-161 de 26 de abril de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell, se expuso que "La historia clínica, su contenido y los informes que de la misma se deriven, están sujetos a reserva y, por lo tanto, sólo pueden ser conocidos por el médico y su paciente.(...)"

De conformidad con la normativa citada y con el aparte jurisprudencial transcrito en el presente concepto, se tiene que por el carácter de reserva legal que posee la información contenida en la historia clínica, ninguna Entidad Promotora de Salud –EPS puede exigirle a un empleador copia de dicho documento de sus trabajadores, para efectos de que en el marco de lo previsto en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, la EPS proceda a reconocer el pago de la prestación económica derivada de la incapacidad, la licencia de maternidad o paternidad.

Por su parte, debe precisarse que el artículo 121 del Decreto Ley 0019 de 2012, es una disposición normativa vigente y que tiene por objeto evitar que el trabajador deba efectuar cualquier tipo de trámite directo en la consecución del reconocimiento de una incapacidad o licencia, toda vez que éste ha quedado en cabeza del empleador.

Hecha la anterior precisión, nótese que el artículo 121 ibídem, no hizo una alusión expresa a que el trabajador debe presentar al empleador copia de la historia clínica, en este caso, esa falta de estipulación se debe a que existe una clara prohibición legal de que cualquier persona como lo es el patrono, acceda a una información que tiene carácter reservado, del cual goza la historia clínica conforme lo contemplado en el artículo 34³⁴ de la Ley 23 de 1981³⁵.

Lo anterior quiere decir entonces, que ningún empleador puede adoptar como política interna, el exigir a su trabajador la presentación de copia de la historia clínica para efectos de tramitar ante la EPS la transcripción de una incapacidad o licencia.

De esta forma, y teniendo en cuenta la reserva legal de que goza la historia clínica, es claro que si un empleador o una Entidad Promotora de Salud –EPS, está solicitando dicho documento a uno de sus trabajadores, para efectos de tramitar una incapacidad o licencia, esta situación debe ser puesta en conocimiento del Ministerio del Trabajo y de la Superintendencia Nacional de Salud, entidades que en el marco de las facultades conferidas por el Decreto Ley 4108 de 2011³⁶ y el Decreto 1018 de 2007³⁷ respectivamente, efectuarán las investigaciones y aplicaran las sanciones a que hubiere lugar.

³⁴ Artículo 34: La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

³⁵ Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Disposición normativa reglamentada por el Decreto 3380 de 1981.

³⁶ Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo.

³⁷ Por el cual se modifica la Estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.



Por último, es preciso señalar que si su empleador lo despide o adopta cualquier tipo de represalias por no adjuntar con su incapacidad la copia de la historia clínica, dicha circunstancia debe ser puesta en conocimiento de la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo de su domicilio, para que esta en el marco de lo expuesto en el artículo 30 del Decreto Ley 4108 de 2011, inicie las actuaciones administrativas a que hubiere lugar.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Bogotá D.C.,

Señor(a)
ANONIMO N.N.
clamdi@hotmail.com

Asunto: Pago de incapacidades.

Respetado señor(a):

Hemos recibido su comunicación por medio de la cual consulta sobre la manera como se cancela una incapacidad por enfermedad no profesional. Al respecto y previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo determina que *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”*. Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-543 del 18 de julio de 2007, *“(…) en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente (...)”*.

De otra parte, el parágrafo 1 del artículo 40³⁸ del Decreto 1406 de 1999³⁹, define que *“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.”*

De la normativa citada anteriormente, se concluye como respuesta a su primera inquietud, que el pago de una incapacidad por enfermedad no profesional, se cancela de la siguiente manera:

1. A cargo del empleador: Los tres (3) primeros días de incapacidad, sobre el 66% del salario⁴⁰.

³⁸ Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad

³⁹ Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones.

⁴⁰ CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO: Artículo 127. Elementos Integrantes: .(Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990). El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos,



2. A cargo de la Entidad Promotora de Salud –EPS: A partir del día (4) hasta el día noventa (90) de incapacidad, sobre el 66% del salario; desde el día noventa y uno (91) hasta el ciento ochenta (180), el 50% del salario.

De esta forma, es preciso señalar que ninguna normativa a la fecha, ha previsto que una incapacidad por enfermedad general puede ser pagadera sobre el 100% del salario del trabajador del sector privado, con excepción de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 2007, donde indicó que en los casos de trabajadores que devengan el Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, el monto de la prestación económica derivada de la incapacidad por enfermedad común, no puede ser inferior al SMLMV.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.



Bogotá D.C.,

Señor
ENRIQUE RAMÍREZ CADENA
luzinramirez@gmail.com
Carrera 7 No.6-47
La Plata - Huila

Asunto: Periodo del representante de las alianzas o asociaciones de usuarios ante las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado –E.S.E del II nivel de atención.

Respetado señor Ramírez:

Hemos recibido su comunicación por la cual formula una consulta relacionada con el periodo del representante de las alianzas o asociaciones de usuarios ante las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado –E.S.E del II nivel de atención. Al respecto, previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

El artículo 7 del Decreto 1876 de 1994, reguló la conformación de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial (municipal, departamental y distrital), previendo para el efecto que dicho organismo directivo estará integrado con un número mínimo de seis miembros, así:

“ (...)

- 1- *El estamento político-administrativo estará representado por el Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado.*
- 2- *Los dos (2) representantes del sector científico de la Salud serán designados así: Uno mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud cualquiera que sea su disciplina. El segundo miembro será designado ente los candidatos de las ternas propuestas por cada una de las Asociaciones Científicas de las diferentes profesiones de la Salud que funcionen en el área de influencia de la Empresa Social del Estado.*



Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Director Departamental, Distrital o Local de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

3- *Los dos(2) representantes de la comunidad serán designados de la siguiente manera:*

Uno (1) de ellos será designado por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos, mediante convocatoria realizada por parte de la Dirección Departamental, Distrital o Local de salud.

El segundo representante será designado por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa social, en caso de existir Cámara de Comercio dentro de la jurisdicción respectiva la Dirección de salud solicitará la coordinación por parte de ésta, para la organización de la elección correspondiente. No obstante, cuando éstos no tuvieran presencia en el lugar sede de la Empresa Social del Estado respectiva, corresponderá designar el segundo representante a los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la Empresa.

(...)"

Frente al periodo de los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado – E.S.E del II y III nivel de atención, es preciso indicar que el inciso tercero del artículo 9 del Decreto 1876 de 1994, lo previó en tres (3) años, contemplando la posibilidad que dichos miembros puedan ser reelegidos.

De otro parte y frente al caso del representante de las alianzas o asociaciones de usuarios ante la Junta Directiva de una E.S.E., en este evento aplicable a las de II y III nivel de atención, debe precisarse que el numeral 2 del artículo 12 del Decreto 1757 de 1994⁴¹, previó que el representante de dichas organizaciones ante las Instituciones Prestadoras de Servicios –IPS de carácter hospitalario pública y mixta, estaría sujeto a un período de dos (2) años.

Ahora bien, de las normas transcritas anteriormente se evidencia una contradicción normativa en el periodo asignado para el representante de las alianzas o asociaciones de usuarios ante las Juntas Directivas de las ESE del II y III nivel de atención, conflicto que fue resuelto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Sentencia No.17001-23-31-000-2003-0667-01(3140) del 16 de octubre de 2003, la cual en algunos de sus apartes, señaló:

“(..)

Es indudable que en relación con el período de los representantes de las alianzas o asociaciones de usuarios en las juntas directiva de las empresas sociales del Estado existe una contradicción normativa, por lo que debe definirse cual es la aplicable al caso. Para ello es necesario acudir a las reglas de interpretación de la ley previstas en los artículos 72 del Código Civil, 2 y 3 de la Ley 153 de 1887.

⁴¹ Por el cual se organizan y se establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 4° del Decreto Ley 1298 de 1994.



En efecto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 72 del Código Civil y 2 de la Ley 153 de 1887 la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. Sin embargo, en este asunto ocurre que los Decretos 1876 y 1757 de 1994 fueron expedidos y publicados en mismo día, pues se expidieron el 3 de agosto de ese año y se publicaron el 5 de agosto siguiente, por lo que el único criterio que puede servir como fundamento para definir cual es posterior es el número del diario oficial en el que se publicaron. Así, el Decreto 1876 de 1994 aparece publicado en un número posterior, pues fue publicado en el Diario Oficial número 41480, mientras que el Decreto 1757 de 1994 lo fue en el Diario Oficial número 4177. Por ello, podría decirse que el Decreto 1876 de 1994 es posterior, y por ende, debe aplicarse.

No obstante lo anterior, se tiene que el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 señala otra regla de interpretación, según la cual una ley especial prima sobre la ley general. Con base en ello, se encuentra que el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 es norma especial mientras que el artículo 9 del Decreto 1876 de 1994 es norma general, pues la primera regula específicamente el período de los representantes de las alianzas o asociaciones de usuarios en las juntas directivas de las empresas sociales del Estado, mientras que la segunda regula de manera general el período para todos los miembros de esas juntas. Por ello, la norma aplicable sería el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994.

(..)

Así las cosas, se tiene que para los miembros de las juntas directivas de las empresas sociales del Estado existen dos períodos diferentes. El primero, específicamente señalado en dos (2) años para los representantes de las alianzas o asociaciones de usuarios, establecido en el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 y, el segundo, de tres (3) años para los demás miembros de la junta directiva de las empresas sociales del Estado, según la regla general establecida en el artículo 9 del Decreto 1876 de 1994. Luego, se concluye que el período del representante de las alianzas o asociaciones de usuarios en la junta directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia es de dos (2) años. “

De esta forma y teniendo en cuenta lo expresado por el Consejo de Estado en la providencia anteriormente transcrita, es claro que dando aplicación al principio general de interpretación de la Ley, según el cual la norma especial prevalece sobre la general, el período del representante de las alianzas o asociaciones de usuarios ante las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado –E.S.E del II y III nivel de atención, es de dos (2) años, en tanto que para los demás miembros de las mencionadas juntas, salvo los representantes del estamento político administrativo, estarán sujetos a un período de tres (3) años.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Bogotá D.C.,

Señora
YANETH RINCON ARCOS
pinito775@hotmail.com
Carrera 91 No. 20A-75 interior 4 Apto 601
Bogotá

ASUNTO: Solicitud copia de la norma que obliga a un Municipio a contratar “*Promotores de Salud*” para desarrollar las acciones de Salud Pública.

Respetada señora Yaneth:

Hemos recibido su comunicación por la cual solicita copia de la norma que obliga a un Municipio a contratar Promotores de Salud para desarrollar las acciones de Salud Pública. Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

Frente al caso concreto objeto de su solicitud, debe señalarse que no existe ninguna normativa que obligue a los municipios a contratar “*Promotores de Salud*”, para desarrollar las acciones de salud pública; en este caso, a lo que están obligados los municipios es a garantizar el cumplimiento de las funciones y competencias que en materia de Salud Pública establecieron las Leyes 100 de 1993⁴², 715 de 2001⁴³, 1122 de 2007⁴⁴, 1438 de 2011⁴⁵, el Decreto 3518 de 2006⁴⁶ y la Resolución 1841 de 2013⁴⁷.

En materia de competencias y contratación de las acciones en salud pública a cargo del ente territorial, el artículo 46 de la Ley 715 de 2001, señala lo siguiente:

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

⁴² “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁴³ “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

⁴⁴ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁵ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

⁴⁶ “Por el cual se crea y reglamenta el Sistema de Vigilancia en Salud Pública y se dictan otras disposiciones

⁴⁷ “Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021”



(...)

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

Por su parte, el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, consagró la siguiente prohibición aplicable a los entes territoriales, así:

“Artículo 31. Prohibición en la prestación de servicios de salud. En ningún caso se podrán prestar servicios asistenciales de salud directamente por parte de los Entes Territoriales.”

Ahora bien, mediante la Resolución 425 de 2008, este Ministerio definió la metodología para la elaboración, ejecución, seguimiento, evaluación y control del Plan de Salud Territorial, y las acciones que integran el Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas - PIC a cargo de las entidades territoriales, previendo en el título IV artículo 16, el contenido del PIC en materia de Promoción y Prevención a la población de su jurisdicción.

A su vez, el artículo 19 ibídem, señaló que las acciones de promoción de la salud y calidad de vida y prevención de los riesgos en salud del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas, conforme a lo dispuesto en los artículos 46 de la Ley 715 de 2001 y 31 de la Ley 1122 de 2007, se contratarán con IPS públicas ubicadas en el área de influencia del ente territorial acuerdo con su capacidad técnica y operativa.

De otro lado, es preciso señalar que el perfil de Promotor de Salud, hacía parte de los perfiles Auxiliares de Salud definidos en el Acuerdo 16 de 1997, expedido por el entonces Comité Ejecutivo Nacional para el Desarrollo del Recurso Humano en Salud, posteriormente establecido en el Decreto 3616 de 2005⁴⁸ como Auxiliar en Salud Pública, norma esta última derogada por el actual Decreto 4904 de 2009⁴⁹, el cual rige a la fecha, y sigue denominando dicho perfil del área de la salud, como

⁴⁸ “Por medio del cual se establecen las denominaciones de los auxiliares en las áreas de la salud, se adoptan sus perfiles ocupacionales y de formación, los requisitos básicos de calidad de sus programas y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁹ “Por el cual se reglamenta la organización, oferta y funcionamiento de la prestación del servicio educativo para el trabajo y el desarrollo humano y se dictan otras disposiciones”.



Auxiliar en Salud Pública, recogiendo de esta manera las funciones que desempeñaba el Promotor de Salud.

De las normas antes expuestas, se colige en primer lugar, que los municipios contratan las acciones del Plan de Intervenciones Colectivas -PIC de manera prioritaria con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas vinculadas a la entidad territorial, de acuerdo con su capacidad técnica y operativa, y en segundo lugar, que actualmente no existe la figura de Promotores de Salud, sino Auxiliar en Salud Pública.

En este orden de ideas, le manifiesto que no existe normativa que obligue al Municipio a contratar "*Promotores de Salud*", lo que se prevé a la fecha es la obligación para los municipios de contratar con las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, el cumplimiento del Plan de Salud de Intervenciones Colectivas -PIC-.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.