

**ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA
PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DENTRO DEL RÉGIMEN
CONTRIBUTIVO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD**

ÁLVARO NAVARRO CHAUX

UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2014

**ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA
PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DENTRO DEL RÉGIMEN
CONTRIBUTIVO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD**

ALVARO NAVARRO CHAUX

**Monografía para optar al título de
ABOGADO**

Asesor

Dra. LIGIA ROMERO MARIN

Especialista en Seguridad Social

UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2014

NOTA DE ACEPTACION

Firma Presidente de Jurado

Firma de Jurado

Firma de Jurado

Barranquilla, diciembre de 2014

DEDICATORIA

Dedico de manera especial este logro al Dios de la vida, por darme la salud y la prosperidad suficiente para cumplir cabalmente con los deberes de mi hogar y mis pretensiones personales.

A Elena, mi paciente e incondicional esposa, por la tolerancia a mis ocupaciones académicas y laborales en el hogar y por su sacrificio en la atención propia y de nuestras hijas.

A mis hijas: Brianith Andrea, Brigitte Elena y Brendy Johana, por reconocer el esfuerzo que demanda la atención del hogar, por su apoyo y comprensión en los momentos apremiantes para sacar adelante el proceso académico.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a:

Dra. Ligia Romero Marín, por su empeño, dedicación e invaluable aporte en pro de hacer posible la culminación del presente trabajo.

Dr. Jhon Jairo Suarez, por su colaboración, direccionamiento en la organización del trabajo y conocimientos aportados.

Dr. Pedro Mejía, por sus aportes en la confección preliminar del anteproyecto de grado.

Todos los docentes de la facultad de Derecho de la Universidad de la Costa CUC, que de una u otra forma contribuyeron a mi formación profesional en esta disciplina.

RESUMEN

El investigador por su actividad laboral y experiencia conoce la problemática existente en la no atención a los afiliados del régimen contributivo y a sus beneficiarios cuando existe mora patronal, por lo que el trabajo de investigación se fundamenta en el estudio y análisis de las normas y jurisprudencia de la Corte Constitucional que rige la materia. En el presente trabajo se diseñó atendiendo los principios en que se basa el sistema: Eficiencia, Universalidad y Solidaridad y, es el principio de eficiencia el que conlleva en sí mismo la obtención de un servicio de calidad, en la oportunidad debida, sin interrupción y eficaz en la solución pretendida, con el fin que les sea amparado el acceso al derecho a la salud.

Palabras claves: Acceso, Administradora, Afiliado, Beneficiarios, Empleador, Eps, Tutela,

ABSTRAC

The investigator for their work and expertise knows the problems in the not care for members of the tax regime and its beneficiaries when there is delinquent employers , so the research is based on the study and analysis of standards and jurisprudence Constitutional Court governing the matter . The present study was designed taking the principles on which the system is based : efficiency , universality and solidarity and the principle of efficiency is that not in itself getting quality service at a fair chance , without interruption and effective in the proposed solution , in order to be covered them access to the right to health.

Keywords: Access, Affiliate, Administrator, Beneficiaries, Employer, Eps, Custody.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	10
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	13
2.OBJETIVOS	14
2.1 OBJETIVO GENERAL	14
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	14
3. IMPACTO INTERNO	16
4. GENERALIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL	18
4.1. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN COLOMBIA	23
4.2 PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	25
4.3. EL DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO	26
4.3.1 De los beneficios que tienen los afiliados al vincularse al SGSSS.	34
4.3.2 De los deberes del empleador	35
4.3.3 De los deberes de las empresas promotoras de salud	39
5. DEL CONTENIDO NORMATIVO Y DESARROLLO DE JURISPRUDENCIAL	42
5.1. EVOLUCION NORMATIVA APLICABLE AL REGIMEN CONTRIBUTIVO	45
5.2. DE LAS NORMAS EN QUE SE AMPARAN LAS EPS PARA NEGAR EL SERVICIO POR MORA PATRONAL	51
5.3. DE LOS PRINCIPIOS QUE SE VULNERAN AL NEGAR LA EPS EL SERVICIO POR MORA PATRONAL.	52
6. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 209 DE LA LEY 100 DE 1993	56
7.CONCLUSIONES	69
8.REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	77
ANEXOS	

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se planteó ante una situación sistémica que evidencia la falencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud al ser negado el acceso a la salud a la población afiliada al régimen contributivo por cuanto el empleador no ha efectuado el pago del aporte, llámese cotización, al sistema dentro de los términos pre-establecidos para ello, siendo que las EPS han sido negligentes en cumplir con el deber de recaudo eficaz de las mismas y los organismos de vigilancia y control del Estado han sido inoperantes, debiendo los afectados acudir al mecanismo de la tutela para buscar la protección a este derecho, hoy fundamental.

Su desarrollo se dividió en tres capítulos. En el primer capítulo se desarrolla el marco teórico jurídico del Sistema de Seguridad Social en Salud enunciándose las funciones y responsabilidades de los actores del sistema. En el segundo capítulo se analiza la normatividad relacionada con el tema en paralelo con jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por último, se analiza el artículo 209 de la Ley 100/93 al tenor de su constitucionalidad y relacionado con jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nuestra Constitución Política nos enseña que Colombia es un “Estado Social de Derecho”, por lo que, sin extendernos a lo que esta frase entraña y el alcance tan amplio que tiene, podemos resumir que: En nuestro país, la construcción y aplicación de las normas deben proyectarse a la consecución de los fines esenciales del Estado y en especial, garantizarle una calidad de vida digna a las personas, prevaleciendo el respeto por la dignidad humana.

El Sistema de Seguridad Social en Salud implantado con la Ley 100 de 1.993, como medio para contribuir con esa calidad de vida y el respeto por la dignidad humana, no está arrojando los resultados que esperaban los colombianos y en especial, el legislador.

De manera reiterada se tiene conocimiento, bien sea de manera directa, a través de otros, o por los diferentes medios de comunicación hablados o escritos, la forma en que se desatiende a los afiliados a una Empresa Promotora del servicio de Salud (**EPS**), porque sus empleadores se encuentran morosos con el sistema, por cuanto, no han cancelado las cotizaciones descontadas de los salarios a sus trabajadores, dentro de los plazos legales para hacerlo.

También se han presentado situaciones en las que, aun estando a paz y salvo, se niegan unos procedimientos y/o medicamentos los que, por vía de tutela ha sido amparado el derecho, y las entidades hacen caso omiso a tal decisión, originando nuevos retrasos, demoras y angustias que repercuten en la calidad de vida de los beneficiarios del anhelado servicio.

Es pues, lamentable la situación de impotencia que vivimos los colombianos usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes tienen que resignarse a convivir con él, sin tener esperanzas de normas que efectivicen la prestación del servicio de manera oportuna, con calidad y eficiencia. Siendo que los recursos que se le descuentan a los trabajadores por nómina no son del empleador, son del Sistema General de Seguridad Social, y por tanto, éstos deben reportarlos a las entidades administradoras de los recursos, quienes disponen de una serie de instrumentos jurídicos para accionar contra el empleador moroso, cuando este no los cancela dentro del plazo legal para ello y no presionar con la desatención del servicio a sus trabajadores y beneficiarios puesto que la prestación del servicio de salud debe ser regular y continua, nunca se debe suspender salvo causas legales, previo estudio que determine que con ello no se vulneren las garantías y derechos constitucionales del afiliado.

En términos de la calidad del servicio, uno de los obstáculos más evidentes de la implementación de la Ley 100 de 1993, es la llamada ‘tutelitis’ de la que ha sido objeto la prestación de servicios. Ante la imposibilidad de muchos ciudadanos/usuarios de acceder al servicio del que requieren, la mejor solución resultó ser demandar tutelas, lo cual ha recargado el sistema judicial, además de ser un síntoma de lo problemático que es el servicio.

Como nos explica el profesor Francisco Azuero (2006), investigador de la Facultad de Administración de la Universidad de los Andes, “la raíz de lo anterior está en parte en que la salud, siendo un bien especial, dadas sus características negativas como la asimetría en la información, las externalidades y la incertidumbre, genera contratos incompletos. Lo que sucede cuando un contrato es incompleto, es que la racionalidad de cada una de las partes no es siempre conducente al cumplimiento del mismo, pues no se cuenta con la información suficiente”.

Teniendo esto en mente, las partes de los contratos de salud (usuarios, EPS, ARS, IPS, etc.) no siempre tienen incentivos para cumplir con su parte. Los estudios muestran que las EPSs no cuentan con ningún incentivo para cumplir con arreglos extrajudiciales, o en general para prevenir la tutela, puesto que ella no le representa costos a la empresa, y es igual para ellos pagar antes o después de la demanda. Por el otro lado, el ciudadano cuenta con incentivos muy claros para presentar la demanda ante el incumplimiento de alguna de las instituciones. Dado que la Constitución del 91 propone que la tutela sea un mecanismo de defensa de derechos fundamentales accesible y de bajo costo, el usuario no se encuentra con muchos obstáculos para presentar la demanda en contraposición con los beneficios que puede recibir de ella, como así lo indica el citado profesor universitario.

Por tanto, el hecho de que el paciente deba presentar una tutela por servicios de salud requeridos, hace que todo el proceso se demore mucho más de lo que un paciente puede

esperar por un tratamiento médico. Por demás, la demanda de tutela, implica trámites burocráticos que se viven de forma pesada, al igual que toda la experiencia con el sistema de salud como tal. No existe por parte de los ciudadanos un conocimiento claro del funcionamiento del sistema, lo cual hace que se sientan perdidos ante situaciones como la negación del servicio. Los médicos juegan en estas circunstancias, un papel fundamental de asesoría y orientación, mientras no hay una preocupación evidente por parte de la institucionalidad por generar una pedagogía sobre el sistema que haga que la experiencia con el sistema de salud sea más llevadera (Ver: Pereira Arana, Marta Isabel, 'Entre médicos, aseguradoras, y estado: La complejidad institucional de la salud en Colombia' y Pereira Arana, Marta Isabel, 'El médico es médico, no financiero')

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Ante la problemática comentada, resulta procedente, entre otros, efectuarnos la siguiente pregunta:

¿Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de qué mecanismos dispone el afiliado al régimen contributivo en los casos en que le es negada la prestación del servicio de salud integral de calidad y eficiencia cuando el empleador está en mora? Qué tan accesibles y qué tan efectivos son éstos?

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Identificar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, los mecanismos de que dispone el afiliado al régimen contributivo en los casos en que le es negada la prestación del servicio de salud cuando el empleador está en mora, determinar qué tan accesibles son y su efectividad y proponer un mecanismo ajustado al ordenamiento jurídico que permita la protección del derecho que tienen los afiliados y beneficiarios a una mejor prestación del servicio de salud de calidad y eficiencia.

2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Estudiar qué disposiciones jurídicas permiten que las empresas encargadas de la prestación del servicio de salud atiendan, de manera limitada, o les nieguen los servicios a los afiliados del régimen contributivo cuando el empleador se encuentra en mora.
- Describir los mecanismos jurídicos de que disponen los afiliados al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud (**SSSI**) en Colombia, que permitan la protección del derecho a una prestación del servicio de salud de calidad y eficiencia.
- Analizar el impacto real de los mecanismos jurídicos actuales de que disponen los afiliados al régimen contributivo del **SSSI** en Colombia que permitan la protección del

derecho a una prestación del servicio de salud de calidad y eficiencia con su fin constitucional.

- Establecer los posibles delitos que se estarían cometiendo por parte de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud al no brindarles una atención oportuna, con calidad y eficiencia al afiliado al régimen contributivo del **SSSI** cuando el empleador está en mora.

3. IMPACTO INTERNO

La crisis del sistema de salud en Colombia es tal que el Gobierno ha venido presentando proyectos de reforma los que no han prosperado por diferentes razones.

Desde el pasado 29 de mayo de 2014, la Corte Constitucional, otorgó control previo de constitucionalidad a la Ley en la que se reconoce a la salud como un derecho “**fundamental**”, hecho que hace que este derecho tenga la debida atención tanto por las entidades encargadas de prestarlo como por las entidades encargadas de velar por su aplicación material.

Ahora bien, la problemática en la comunidad usuaria de los servicios de salud del régimen contributivo, a la que se le niega el acceso al servicio de salud por mora patronal, a partir de la filosofía de la nueva ley ¿en qué status queda? Por ello, consideramos importante analizar esa problemática en el presente trabajo de investigación, de manera clara y ordenada, iniciando con las normas constitucionales, legales, disposiciones reglamentarias así como la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, que en algunos casos han favorecido o, mejor, protegen el derecho constitucional fundamental de la salud y, en otros, queda totalmente desprotegido y a merced del monopolio administrador de la salud sin que exista la inmediata intervención del organismo de vigilancia y control del sector para ser propositivo y preventivo en la solución al sin número de deficiencias de las vigiladas para cumplir con los fines constitucionales que el Estado Social de Derecho les ha encomendado.

Por tal razón, para cualquier persona afiliada o no al sistema del régimen contributivo de la salud, este trabajo le proporcionará las herramientas jurídicas para lograr que se les garantice el acceso a la prestación de los servicios de salud sin dilación, sin interrupciones, conforme a lo establecido en las normas: De calidad, eficiencia y en la oportunidad debida.

4. GENERALIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la salud a nivel mundial, ha venido desarrollándose de la mano con los derechos humanos. Es así que su evolución interna en los Estados que sostienen tratados y convenios ratificados en la materia, obedece básicamente a principios que han sido visionados por los estamentos de este orden mundial y, en atención al llamado bloque de constitucionalidad, muchas de estas normas son acogidas y posteriormente regladas dentro del marco normativo interno y conforme a las necesidades regionales.

En el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud –OMS, encontramos que la salud debe entenderse como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades".

La Constitución Política de Colombia (CPC) de 1991, consagra en su Artículo 48 que “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. Se evidencia de esta manera el surgimiento de un nuevo Sistema de Seguridad Social.

Lo anterior da origen al desarrollo de la Ley 100 de 1993, en la cual se plantea un Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI) definido como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen las personas y la comunidad para gozar de una

calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica..”

El SSSI es conformado por los regímenes de salud, pensiones, riesgos laborales y los servicios complementarios. Renueva totalmente la organización, las entidades que lo integran y las transacciones que se realizan. Da una participación importante a las entidades privadas y al sector solidario, transforma la provisión de los servicios de salud en un sistema regido por las leyes del mercado y en pensiones crea el sistema de ahorro individual.

De otra parte, la base 1994 de las cuentas nacionales de Colombia no reflejaba el funcionamiento del sistema promulgado por la Ley 100 de 1993 en razón a que la reforma era demasiado reciente para analizarla y representarla adecuadamente y las fuentes de información disponibles eran escasas y estaban en proceso de estabilización y ajuste.

Conscientes de las limitaciones de la base 1994 y dada la importancia de la Seguridad Social en el desarrollo de políticas sociales y económica, se implementó un proyecto especial, paralelo a la Base 2000 de las Cuentas Nacionales con el objeto de realizar un análisis renovado del sector de la salud y de la previsión social acorde a la nueva realidad.

Inicialmente se planteó como una Cuenta Satélite de la Salud y los Seguros Sociales (CSSSS), la cual por su rigidez conceptual dificultaba el enlace entre los conceptos manejados

por los actores en el área de la Salud y la Seguridad Social y las representaciones en términos de Cuentas Nacionales. Para facilitar este enlace se reorientó el proyecto hacia la construcción de una Cuenta Intermedia de la Salud como base para el posterior desarrollo de la CIS, es decir, un sistema de representación que si bien incorporaba los análisis de Cuentas Nacionales, utilizaba los conceptos propios al sistema de seguridad social, como por ejemplo los conceptos de UPC (Unidad de Pago por Capitación), POS (Plan Obligatorio de Salud), etc..

Los antecedentes fundamentales de la Ley 100 de 1993 se encuentran formulados en la Constitución de 1991. En ella, la Asamblea Nacional Constituyente formula que la prestación del servicio de salud será responsabilidad del Estado colombiano, y esta se efectuara bajo los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia (Constitución Política de Colombia, Artículo 49). De esta forma, la promulgación de la nueva Constitución Política de Colombia sentó los precedentes sobre lo que posteriormente sería el sistema de salud, pero no estableció cual sería la forma que tomaría dicho sistema.

Cabe anotar que la constitución colombiana plantea avances en términos de garantía de derechos, pero tiene también un fuerte elemento de la corriente neoliberal en auge para aquel año (Ver Vásquez, Teófilo, 'La Constitución de 1991, entre los derechos y el modelo de desarrollo').

Los tres principios que guían la salud en la Constitución dan cuenta de ello, pues si bien la solidaridad es muestra del interés de transformar al Estado colombiano en un Estado

Social de Derecho y hacer que los recursos sean asignados según las capacidades de las personas, la eficiencia da cuenta de un interés por delegar funciones al mercado y permitir que la regulación esté en manos de la libre competencia, inclusive en el campo de la salud (Jaramillo, 1997: 33).

Todo lo anterior tuvo sus implicaciones en los debates que se dieron para la reforma al sistema de salud, y finalmente también tuvo sus repercusiones en el resultado final, esto es, en la creación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

A principios de los noventa en Colombia la prestación del servicio de salud funcionaba a través del Sistema Nacional de Salud (SNS), que se encontraba básicamente bajo el monopolio del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), entidad estatal encargada de afiliar, recibir cotizaciones, y prestar los servicios asistenciales.

Se consideraba que el sistema era poco funcional puesto que a pesar de haber funcionado por más de 40 años, el ICSS había sido incapaz de asegurar universalidad en la cobertura de la población colombiana, puesto que para 1991, solo se reportaban como beneficiarios de la seguridad social a través del ICSS al 20.6% de la población, y esta institución era la que contaba con la mayor cantidad de afiliados en ese entonces (Jaramillo, 1997: 16).

Si bien se le reconocían algunas virtudes al sistema, la percepción general era que no había eficiencia en el aseguramiento y menos en la prestación del servicio. Ejemplo de lo anterior son las cifras que muestran que el ICSS no afilió a la familia del trabajador, dejando desprotegidos a una porción muy grande de la población, puesto que solo incluyó a la familia del trabajador del 18% de sus afiliados. Ante las dificultades del sistema, las personas más pudientes buscaban la prestación del servicio por vías particulares, lo cual era muestra de la alta fragmentación del sistema (Jaramillo, 1997: 32).

Teniendo en cuenta todas estas fallas, se empezó a gestar en el Congreso en 1991 la reforma al SNS. El Artículo transitorio 57 de la Constitución creó la Comisión de Seguridad Social, que estaría encargada de desarrollar una propuesta respecto de la nueva normatividad de la Seguridad Social, teniendo en cuenta lo planteado en la Carta Política. Dicha Comisión debía estar integrada por representantes del gobierno, sindicatos, gremios económicos, movimiento políticos y sociales, campesinos, y trabajadores informales (Jaramillo, 1997: 40).

Es importante anotar aquí que, según Jaramillo (1997), la reforma no contempló en el debate de forma contundente ni a los usuarios del servicio ni a los profesionales de la salud. No se incluyó a quienes conocían mejor las fallas y virtudes del sistema, esto es, a los profesionales de la salud que trabajaban directamente en él. Por otro lado, en una publicación del Ministerio de Salud a propósito de la reforma al sistema de salud, se dice que hubo participación por parte de diversos sectores, incluyendo a la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, la Asociación de Productores de Medicamentos, la Federación

Médica Colombiana, la Asociación Colombiana de Hospitales, y la Academia Nacional de Medicina (Ministerio de Salud, 1994).

Esto contradice lo que dice Jaramillo en su libro, y habría que ahondar más en una revisión de las propuestas y los debates presentados en el marco de la reforma del sistema de salud entre 1992 y 1993 para poder decir algo concluyente al respecto.

4.1. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN COLOMBIA

El preámbulo del Estatuto de Seguridad Social y de Pensiones define la Seguridad Social Integral (SSI) como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

El artículo 1° superior define el objeto del SSI como “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”.

Además, se reconoce como un “servicio público obligatorio”¹ y en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) se le señala como “esencial” y los principios a que está sujeta la prestación del servicio público esencial de seguridad social son: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

De esta forma se está dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 48 superior adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, constituyendo todo un marco jurídico para la protección del derecho irrenunciable de todo colombiano a la Seguridad Social, considerando en el artículo 49 *ibidem*, la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado

En este orden de ideas, cabe destacar la correlación con el concepto que sobre servicio público emite el Dr. Luis A. Caicedo C. en su libro Derecho Administrativo, edición 11ª, 2006:

“Todo servicio público debe suministrarse con un criterio técnico gerencial y con cuidadosa consideración a las funciones del proceso administrativo científico: planificación, coordinación, dirección, control y evaluación, tanto en su concepción orgánica como en el sentido material y operativo. Debe funcionar de manera permanente, es decir, de manera regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan”. (Caicedo, 2006)

Por otra parte, tenemos que nuestro Sistema de Seguridad Social Integral está estructurado así:

- SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD)

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)

¹ Artículo 4° Estatuto de Seguridad Social y Pensiones.

- SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Régimen Contributivo

Régimen Subsidiado

- SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES

- SERVICIOS SOCIALES COMPLEMENTARIOS

4.2. PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Los principios en que se sustenta el servicio público esencial de seguridad social, en nuestro ordenamiento jurídico, se establecen en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, son seis y se enuncian a continuación:

- EFICIENCIA
- UNIVERSALIDAD
- SOLIDARIDAD
- INTEGRALIDAD
- UNIDAD
- PARTICIPACION

Son principios del Sistema de Seguridad Social en Salud, los establecidos en el artículo 153 del Estatuto de Seguridad Social y Pensiones y se enuncian a continuación:

- EQUIDAD

- OBLIGATORIEDAD
- PROTECCIÓN INTEGRAL
- LIBRE ESCOGENCIA
- AUTONOMÍA DE LAS INSTITUCIONES
- DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA
- PARTICIPACIÓN SOCIAL
- CONCERTACIÓN
- CALIDAD

Con ellos se pretende la mejor utilización social y económica de los recursos del sistema, garantizando la protección a todas las personas sin discriminación alguna y en todas las etapas de la vida, de forma que exista un apoyo y colaboración mutua entre unos y otros, con cobertura en las contingencias que llegaren a afectar la calidad de vida de la población a través de la articulación de políticas públicas e instituciones que permitan alcanzar los fines previstos.

4.3 EL DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El derecho a la salud ha venido evolucionando en el ordenamiento jurídico colombiano a pesar de estar constitucionalmente en el capítulo de DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES, la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha clasificado como un “derecho constitucional fundamental”.

El artículo 49 superior de nuestro ordenamiento jurídico, manifiesta que “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

De igual forma, los artículos 48 de la Carta Política y 2º, literal a) de la Ley 100 de 1993, señalan que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; en el mismo sentido, el numeral 9 del artículo 153 de la citada ley, establece como un fundamento del servicio público esencial de salud la calidad, de acuerdo con el cual: *"El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional..."*.

De otra parte, el Decreto 2174 de 1996, dispone en su artículo 3º que la calidad de la atención en salud está dada por el conjunto de características técnico-científicas, humanas, financieras y materiales que debe tener la Seguridad Social en Salud, bajo la responsabilidad de las personas e Instituciones que integran el Sistema y la correcta utilización de los servicios por parte de los usuarios.

Indica también que las características de la calidad de la atención en salud son: la accesibilidad, la oportunidad, la seguridad y la racionalidad técnica. La calidad integra características adicionales como la idoneidad y competencia profesional, la disponibilidad y la suficiencia de recursos, la eficacia, la eficiencia, la integralidad, la continuidad, la atención humanizada y la satisfacción del usuario con la atención recibida.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS- tiene tres calidades de participantes a saber: Los afiliados del régimen contributivo, los afiliados del régimen subsidiado y los vinculados, quienes participan en el sistema en forma temporal. Este sistema garantiza a sus afiliados la debida organización y prestación del servicio público de salud, la atención inicial de URGENCIAS en todo el territorio nacional.²

Es así como en el SGSSS coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud³, el cual rige la vinculación de los individuos y las familias al sistema cuando tal vinculación se realiza a través del pago de una cotización, individual o familiar, o un aporte financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y el empleador o la Nación, según el caso y, un régimen subsidiado⁴, el cual rige la vinculación de los individuos al sistema cuando ésta se efectúa a través del pago de una

² Ley 100 de 1993. Libro II. Sistema General Seguridad Social en Salud. República de Colombia.

³ Ley 100 de 1993. Libro II. Sistema General Seguridad Social en Salud. República de Colombia. Artículo 202.

⁴ Ley 100 de 1993. Libro II. Sistema General Seguridad Social en Salud. República de Colombia. Artículo 211

cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la ley 100 de 1993 .

Deviene de todo lo anterior, destacar la importancia de la evolución del derecho a la salud como derecho constitucional fundamental, desde el año 2008 la Corte Constitucional a través de la sentencia T-760, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, quien en el proceso de revisión a que se someten los fallos de tutela, acumuló un sinnúmero de fallos de tutelas contra las entidades encargadas de la prestación de los servicios de Salud, tomando veintidós expedientes de juzgados de distintas regiones del país, con el fin de analizar la real situación que afrontaba el sector salud.

Dentro del análisis que realizó la Corte, resalta de manera categórica el carácter de constitucional fundamental del Derecho a la salud, el cual ha estado siendo protegido por la Corte por tres vías, como ellos mismos le llaman, a saber:

“La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad;” en esta etapa, es la que se conoció con el nombre de teoría de la conexidad del derecho a la salud con un derecho fundamental que se vulnera y debe ser tutelado”.

“La segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado;” en esta etapa se hace referencia a la calidad de la persona objeto del servicio, protegiéndola en mayor grado cuando su nivel de vulnerabilidad es alto”.

“La tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia. (Cepeda, 2008).

Además, la Corte reitera la protección al acceso de las personas a la prestación de servicios de salud acorde con los principios de integralidad y continuidad de manera que el derecho de acceder a los servicios incluidos en el plan obligatorio, no puede ser obstaculizado alegándose incumplimiento en ciertos pagos, cuando la entidad se allana a la mora, al recibir nuevos pagos.

En razón a que el objeto de estudio se demarca en la no atención a los afiliados del régimen contributivo del SGSSS por la mora patronal, entraremos a comentar respecto a conceptos que serán el fundamento para alcanzar el objetivo trazado en el título del presente trabajo.

En este orden de ideas, es menester comentar las nuevas disposiciones que el Gobierno Nacional expidió, a través de la Ley 1607 de 2012, la cual entró a regir a partir del 1° de enero de 2013, norma que introdujo unos cambios en cuanto al aporte a la Seguridad Social de las empresas, eximiendo del pago de aportes parafiscales (SENA e ICBF) y a la Seguridad Social en Salud a aquellas empresas cuyos trabajadores devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De igual forma, las personas naturales empleadoras están exoneradas de esta obligación por los empleados que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre y cuando empleen no menos de dos trabajadores.

Lo anterior, en aras de incentivar la formalización de los pequeños empresarios, la creación de nuevas unidades productivas y velar por el sostenimiento de las empresas formales al no tener que cancelar estos aportes. Mediante esta ley se creó el Impuesto sobre la Renta para la Equidad, más conocido como CREE. Cabe aclarar que la norma, para fines tributarios, modifica el concepto de empleado en la relación empleado – empleador, por cuanto al trabajador prestador de servicios técnicos y/o profesionales, lo asimila con el concepto de empleado en términos laborales, siendo que aquellos son responsables del pago total de su seguridad social.

El artículo 30 de la Ley en comento, modificó el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, el cual define el Régimen Contributivo como:

“Un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso”.

De igual forma, el artículo 31 ibídem de la precitada normativa adicionó un párrafo al artículo 204 de la citada Ley y tiene que ver con el pago de cotizaciones al sistema de salud:

“Parágrafo 4°. A partir del 1° de enero de 2013, estarán exoneradas de la cotización al Régimen Contributivo de Salud del que trata este artículo, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, por sus trabajadores que devenguen hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Consideramos importante, precisar que la ley 1607 de 2012, no aplica para las personas naturales y entidades sin ánimo de lucro, por tanto, deben continuar pagando sus cotizaciones al SGSS, tal como lo venían realizando. Los empleadores: sociedades, personas jurídicas y asimiladas y, sociedad y entidad extranjera por sus ingresos de fuente nacional, que cumplan con el requisito de hasta diez SMLMV en su nómina, están exoneradas de tal pago. Hay que hacer claridad que los afiliados al régimen contributivo continúan realizando sus cotizaciones al Sistema a través de los descuentos que le realizan los empleadores y son éstos quienes se benefician con la norma y están obligados a pagar, dentro de los términos establecidos, los descuentos que por concepto de aportes a la salud le realizan a sus trabajadores.

Ahora bien, los empleadores a los que no les aplica esta norma, están facultados legalmente para hacer el descuento de la cotización correspondiente al SGSS, a sus trabajadores, tanto en salud como en pensión, y girarlos a la respectiva entidad administradora junto con la parte de la cotización que está a su cargo para así conformar el 100% del aporte al sistema y éste debe efectuarse dentro de los plazos estipulados por la Ley.

El investigador para realizar el presente trabajo se apoyó en las sentencias SU-562 de 1999, T-378 de 2000 y T-760 de 2008, entre otras, por ser las más relevantes.

Las dos primeras hacen referencia a las posiciones de la Corte Constitucional, respecto al tema de la prestación del servicio de salud en casos de mora patronal. En la sentencia T-760 de 2008, la misma Corte, en el proceso de revisión de fallos de acciones de tutela, acumuló veintidós (22) fallos que se encontraban dirigidos al sistema de seguridad social en salud, con el fin de realizar un análisis de sin número de controversias que se habían presentado con el accionar del SGSSS, reiterando que le otorgó al derecho a la salud el carácter de fundamental.

Con ocasión de esta sentencia, aunado a la crisis de algunas EPSs en la prestación de los servicios y, la insistencia y reclamos por varios años de los ciudadanos y organizaciones civiles en Colombia, el actual gobierno se vio abocado a presentar un nuevo proyecto de reforma a la salud a través de dos leyes una de carácter orgánico y la otra ordinaria.

El pasado 29 de Mayo, mediante Sentencia C-313 de 2014, Magistrado Ponente, Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte Constitucional revisó el proyecto de Ley Estatutaria “por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, el cual fue avalado por esta instancia al manifestar que se trata de una “ley garantista que le apuesta a la progresividad de los derechos” siendo de relevancia el que en

ésta se reconoce a la salud como “derecho fundamental”, lo que genera un cambio importante en la concepción y la prestación del servicio público de salud.

4.3.1 De los beneficios que tienen los afiliados al vincularse al SGSSS. El artículo 159 de la Ley 100/93 establece que: “Se garantiza a los afiliados al SGSSS la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1º La atención de los servicios del POS del artículo 162 por parte de la EPS respectiva a través de las IPS prestadoras.

2º La atención de urgencias en todo el territorio nacional....”

Como se puede observar, la afiliación al SGSSS garantiza a sus afiliados, contributivos o subsidiados, la prestación del servicio público de salud a él y a su núcleo familiar⁵, de manera indiscutible.

Mas sin embargo, en el caso de los afiliados al régimen contributivo, cuando el empleador no cumple con sus deberes, contemplados en el artículo 161 ibídem, se le suspende la prestación del servicio público de salud al trabajador y su núcleo familiar, siendo que el empleador es un intermediario ante el sistema del recaudo de las cotizaciones, las que se componen de la siguiente manera:

⁵ Artículo 163 ibídem

COTIZACIÓN	TRABAJADOR	EMPLEADOR	TOTAL
SALUD	4.0%	8.5% *	12.5%
PENSION	4.0%	12.0%	16.0%

No aplica a los empleadores beneficiarios de la Ley 1607 de 2012

Además, si el trabajador tiene una asignación superior a cuatro salarios mínimos, el empleador está en la obligación de descontarle el 1% el cual se destina a nutrir las subcuentas de solidaridad y subsistencias del Fondo de Solidaridad Pensional – FSP y lo aporta únicamente el trabajador.

Están expresadas, legalmente y a través de cartas circulares emanadas del ente de dirección y control del sector salud, Superintendencia Nacional de Salud, obligaciones y deberes de los actores (empleadores y EPS), los que acarrearían ciertas sanciones de tipo pecuniario al no cumplirlas, tema que se trata a continuación.

4.3.2. De los deberes del empleador. Dentro de las obligaciones del empleador con el SGSSS están las siguientes:

- 1- Afiliar a sus trabajadores al SGSS, tanto en salud como en pensión y riesgos laborales.
- 2- Efectuar los descuentos a los trabajadores de las cotizaciones que establece el artículo 204 de la Ley 100 de 1.993, tanto para salud como para pensión y si aplica, para el fondo de solidaridad pensional.

- 3- Consignar, dentro de los plazos establecidos, el 100% de la cotización, es decir, el aporte descontado al trabajador y el aporte que está a su cargo.

De igual manera, el artículo 73 del Decreto 806 de 1998, indica que los empleadores deberán publicar en forma mensual, al interior de las empresas, los extractos de pago de las cotizaciones correspondientes a sus trabajadores, debidamente sellados por la entidad recaudadora o un documento equivalente, a efecto de que los afiliados puedan acreditar sus derechos y cumplir con sus deberes en forma efectiva.

En caso de incumplimiento por parte del empleador, éste tendría las siguientes sanciones:

1. Las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993⁶, cuando el empleador incumple con el deber de afiliación y selección del trabajador.
2. Las establecidas en el artículo 23 ibídem, cuando el empleador no efectúe el pago de los aportes en la oportunidad debida y se conoce como “sanción moratoria.”

Según nuestra Corte Constitucional,

⁶ Ley 100 de 1993. Art. 271. **Sanciones para el empleador.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al fondo de solidaridad pensional o a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía del sistema general de seguridad social en salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

“Los intereses moratorios, tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio, representan la indemnización de perjuicios por la mora, la presuponen, se causan ex lege desde ésta, sin ser menester pacto alguno - excepto en los préstamos de vivienda a largo plazo en los cuales no se presumen y requieren pacto expreso, art. 19, Ley 546 de 1999- ni probanza del daño presumido iuris et de iure (art. 1617 [2], Código Civil), son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionan el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño, se establece en consideración a éste y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales. Producida la mora de la obligación principal sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido.”⁷

3. Las establecidas en el artículo 57 del Decreto 1406 de 1999 y en el artículo 10 del Decreto 1703 de 2002. Del primero, en el aparte que dice:

“Artículo 57. Limitación de cobertura en caso de mora en salud. (...) Cuando la suspensión de la afiliación ocurra por causa del empleador o de la administradora de pensiones, serán de cargo suyo los costos por los servicios que en materia de salud llegaren a requerir sus pensionados, empleados y los beneficiarios de éstos, sin perjuicio de pagar los aportes atrasados y las sanciones a que haya lugar por este hecho”.

Del Decreto 1703, **Artículo 10.** Modificado art. 2 Decreto Nacional 2400 de 2002 Desafiliación. La desafiliación al Sistema ocurre en la entidad promotora de salud, EPS, a la cual se encuentra inscrito el afiliado cotizante y su grupo familiar, en los siguientes casos:

⁷ Colombia. Casación civil. sentencia de 27 de agosto de 2008 [SC-084-2008], exp. 11001-3103-022-1997-14171-01.

- a) Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud; **Literal declarado NULO por el Consejo de Estado mediante fallo Exp: 1476-06 de 2011**⁸.
- b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades, que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente;
- c) Cuando el trabajador independiente pierde su capacidad de pago e informa a la entidad promotora de salud, EPS, tal situación, a través del reporte de novedades;
- d) Para los beneficiarios, cuando transcurran tres meses de suspensión y no se entreguen los soportes de la afiliación requeridos por la entidad promotora de salud, EPS, en los términos establecidos en el presente decreto;
- e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, por no haberse procedido por cualquier medio a reportar la novedad a la entidad promotora de salud, EPS.

Parágrafo. Las entidades promotoras de salud, EPS, presentarán semestralmente informes consolidados a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los casos de desafiliación que se presenten en el Sistema”.

⁸ Colombia. Consejo de Estado mediante fallo Exp: 1476-06 de 2011. “(...) En esas condiciones, se decretará la nulidad de las normas acusadas, por cuanto el ejecutivo se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria y rebasó sus competencias al regular una causal de desafiliación no contemplada en la Ley”.

El empleador al cual se le haya cancelado la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá, a fin de afiliarse nuevamente a sus trabajadores a dicho sistema, pagar a la Entidad Promotora de Salud con la cual se encuentre en deuda la totalidad de los valores a su cargo, tanto los correspondientes a cotizaciones atrasadas, como los que se hayan ocasionado por intereses y sanciones, si fueren procedentes. De igual manera deberá proceder el trabajador independiente, con el fin de poder obtener una nueva afiliación al Sistema.

Muy a pesar de existir estas sanciones, es el trabajador afiliado y sus beneficiarios quienes asumen la carga económica y emocional al no poder acceder a los servicios de salud de manera eficiente, oportuna y de calidad siendo que quien efectivamente está cumpliéndole al sistema, es él.

La Ley 1607 de 2012 no cubre ni regula las omisiones del empleador en el pago de la Seguridad Social de sus trabajadores, por ser ésta una norma de carácter tributario, por lo que, es la misma Ley 100 de 1993 quien le impone las sanciones al empleador que no cumple con sus obligaciones al SGSS y es, a través del Estatuto Tributario del orden Nacional, que se imponen las sanciones por el no pago o pago extemporáneo de la obligación tributaria.

4.3.3. De los deberes de las Empresas Promotoras de Salud. La Ley 100 en el artículo 178 fija como funciones de las EPS entre otras, las de:

- Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados o sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional.
- Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
- Efectuar los cobros con motivo del incumplimiento de las obligaciones de pago de los aportes por parte del empleador, con sujeción a la reglamentación pertinente. (Exigencia preceptuada en el inciso final del artículo 59 del Decreto 1406 de 1999)

Además, vía jurisprudencial, la Corte Constitucional ha presentado alternativas que de manera general apuntan a que la mora patronal no puede ser disculpa para la no prestación del servicio de los afiliados.

Es por ello que las EPS deben seguir prestando el servicio de salud de manera eficiente a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro, por los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social. (Sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997, T-154^a de 1995, T-158 de 1997, T-072 de 1997 y T-202 de 1997).

De igual forma la Corte ha manifestado que, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se

ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido, tal como lo establece el artículo 57 del Decreto 1406 de 1999:

“La EPS que brinde servicios a los afiliados cuya cobertura se encuentra suspendida conforme a lo dispuesto en el inciso anterior, podrá repetir contra quien resulte responsable, por el total de los costos en que haya incurrido. El valor del reembolso que se obtenga constituirá un recurso de la respectiva entidad administradora y, en caso de que ésta obtenga el pago de las cotizaciones atrasadas, deberá girar íntegramente el valor de las mismas, y proceder a la compensación de las UPC correspondientes a dichos períodos.

Los reembolsos o desembolsos a que se refiere el presente artículo, operan en virtud de la responsabilidad de los empleadores, conforme a lo dispuesto por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993”.

La Superintendencia Nacional de Salud, en cumplimiento de sus funciones expidió la carta circular N° 39 del 31 de octubre de 2000, en la que, en virtud de la Corte Constitucional en fallo de tutela T-378 de 2000:

“Hace el siguiente llamado a prevención a todos los funcionarios de las entidades vigiladas mencionadas en el encabezado y en especial a los trabajadores a cuyo cargo se encuentra, parcial o totalmente, uno o varios de los trámites administrativos involucrados en la autorización de la prestación de los servicios en salud a los afiliados al SGSSS y los planes de salud (PAS), sobre la obligatoriedad del trato digno a los mismos, así como el cabal cumplimiento que se le debe dar a las disposiciones que regulan el Sistema General de seguridad Social en Salud, como parte del ejercicio de sus funciones”. Negrillas nuestras.

5. DEL CONTENIDO NORMATIVO Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

En el contexto normativo del ordenamiento jurídico colombiano, la ley 100 de 1993 estipula en su artículo 183 una prohibición para las EPS respecto a la terminación de manera unilateral, de la relación contractual con sus afiliados⁹, aunque De igual forma, el numeral 7 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994¹⁰ establece, de manera clara, que la desafiliación es una terminación unilateral de la relación contractual entre el afiliado y la EPS, la cual es considerada como **práctica no autorizada**.

La Ley 789 de 2002, en su artículo 43¹¹ reitera que, estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud cuando el empleador haya efectuado el correspondiente descuento y no lo hubiese girado al sistema.

⁹ Ley 100/93. **Artículo 183. Prohibiciones para las Entidades Promotoras de Salud.** Las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

¹⁰ Colombia. Decreto 1485 de 1994. Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud

¹¹ **Colombia. Ley 789/2002. Artículo 43. Aportes a la seguridad social.** Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado hasta por un período máximo de seis (6) meses verificada la mora, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales.

La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley.

Manifiesta la Corte en sentencia C-177 de 1998¹² que

“Las relaciones jurídicas entre empleador y entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo. En la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas”.

En la Sentencia SU-562 de 1999, la Corte recoge todos los conceptos relacionados con el tema, mas sin embargo la problemática continúa. Para el año 2000 la Corte emite la sentencia T-378 y reitera los conceptos promoviendo la expedición, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, de la carta circular 39, quien se sustenta además, en un informe reportado por las EPS a mediados del año 2000 en el que se deja en evidencia el incumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia en el cobro de los aportes a los empleadores. En dicho documento se imparten instrucciones tendientes a velar por la dignidad de las personas en recibir las prestaciones asistenciales a que tienen derecho por ser afiliados a los regímenes establecidos en la Ley 100 de 1993 puesto que, si es la mora patronal la única razón para impedir el servicio de salud, la EPS estaría obstaculizando el acceso a la seguridad social en salud afectando derechos fundamentales.

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-800** de 2003, salvo el texto subrayado que se declaró INEXEQUIBLE.

¹²Sentencia C-177 de 1998. M. P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

La Jurisprudencia ha desarrollado alternativas para que no le sea negado el acceso a la seguridad social en salud por mora patronal y la Ley 789 de 2002 establece la continuidad en la prestación del servicio de salud a los afiliados y sus beneficiarios cuando el empleador no ha girado a la respectiva EPS los aportes descontados al trabajador, que no debe ni suspenderse ni desafiliarse. El Consejo de Estado emite una sentencia en la que anula lo estipulado en el Decreto 1703, artículo 10 y modificado por el artículo 2 del Decreto Nacional 2400 de 2002, mediante fallo Expediente: **1476-06** de 2011, nueve años después, reiterando que a los afiliados no se les debe desafiliar por mora en el pago de los aportes.

En Sentencia T-378 de 2000, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte aborda el tema del derecho a la salud de una manera sucinta, enmarcándolo dentro de los derechos constitucionales fundamentales, el cual debe ser respetado por cuanto afecta la calidad de vida de las personas y en especial, debe ser prestado con eficiencia, calidad y oportunidad de tal forma que no se atente la dignidad humana de sus usuarios.

En sentencia T-760 de 2008 la Corte, dentro del proceso de revisión a fallos de tutela, efectúa todo un proceso de análisis a veintidós dos procesos escogidos del nivel nacional impetrados por usuarios del sistema de salud contra las administradoras de la prestación del servicio de salud, realizando un detalle de cada caso en particular y de igual forma, lo contextualiza de manera general para establecer unas líneas de acción que deben ser objeto de establecimiento y cumplimiento por parte de los actores del Sistema.

Indica la Corte que en estas acciones se invoca la protección del derecho a la salud, más específicamente, al acceso de la prestación de los servicios de salud que se requieren, desde diferentes aspectos, y que han sido objeto de estudios de manera clara y reiterada por la jurisprudencia de esta Corporación.

5.1 EVOLUCION NORMATIVA APLICABLE AL REGIMEN CONTRIBUTIVO

A continuación se presentan las normas que han venido aplicándose en nuestro ordenamiento jurídico para garantizar la protección del acceso al derecho a la salud de la población:

Ley 100 de 1993 (diciembre 23). “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. El preámbulo de esta ley establece que la **Seguridad Social Integral** es el “conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”. De manera específica esta ley estipula en su artículo 183 una prohibición para las EPS respecto a la terminación de manera unilateral, de la relación contractual con sus afiliados.¹³

¹³ Ley 100/93. **Artículo 183. Prohibiciones para las Entidades Promotoras de Salud.** Las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con

Decreto 806 de 1998 (abril 30). *“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”.*

Esta Norma establece en su Artículo 57: **“Suspensión de la Afiliación.** La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un miembro dependiente no cancele la unidad de pago por capitación adicional en los términos establecidos en el presente decreto.

Cuando la suspensión sea por causa del empleador o de la administradora de pensiones, éste o ésta deberá garantizar la prestación de servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el parágrafo del Artículo 210 y el Artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

El empleador, la administradora de pensiones o el afiliado deberá para efectos de levantar la suspensión, pagar por todos los periodos atrasados a la Entidad Promotora de Salud, la cual brindará atención inmediata.

sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo. La Entidad Promotora de Salud compensará por cada uno de los periodos cancelados”.

Decreto 1406 de 1999 (Julio 28). “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”.

Esta Norma establece en su Artículo **57: “Limitación de cobertura en caso de mora en salud.** [...]. La afiliación a la EPS será suspendida después de un mes de no pago de la cotización correspondiente al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso, o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un afiliado dependiente no cancele la UPC adicional que corresponda.

Cuando la suspensión de la afiliación ocurra por causa del empleador o de la administradora de pensiones, serán de cargo suyo los costos por los servicios que en materia de salud llegaren a requerir sus pensionados, empleados y los beneficiarios de éstos, sin perjuicio de pagar los aportes atrasados vías sanciones a que haya lugar por este hecho.

La EPS que brinde servicios a los afiliados cuya cobertura se encuentra suspendida conforme a lo dispuesto en el inciso anterior, podrá repetir contra quien resulte responsable,

por el total de los costos en que haya incurrido. El valor del reembolso que se obtenga constituirá un recurso de la respectiva entidad administradora y, en caso de que ésta obtenga el pago de las cotizaciones atrasadas, deberá girar íntegramente el valor de las mismas, y proceder a la compensación de las UPC correspondientes a dichos periodos.

Los reembolsos o desembolsos a que se refiere el presente artículo, operan en virtud de la responsabilidad de los empleadores, conforme a lo dispuesto por el Artículo 161 de la Ley 100 de 1993“.

Decreto 1804 de 1999 (septiembre 14). “Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

Esta norma igualmente consagra una limitante al momento de estar en mora el empleador en su Artículo 21, el cual establece: **“Reconocimiento y pago de licencias.** Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

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 debe 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) meses anteriores a la fecha de causación del derecho...”

Ley 789 de 2002 (Diciembre 27). “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”. Esta Ley, en su Artículo 1° define el **Sistema de Protección Social** como “el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados.

En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

El sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la

demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un panorama razonable de crecimiento económico”.

De otra parte, en su Artículo 43 establece: “**APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL**. Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales.

La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la Ley”.

Decreto 4747 de 2007 (Diciembre 07). “Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”. Esta Norma establece en su Artículo 11: “**Verificación de derechos de los usuarios**. [...] En el caso de afiliados al régimen contributivo a los que se les haya realizado el descuento de la cotización, y el empleador no haya efectuado el pago a la entidad promotora de salud del Régimen Contributivo, el afiliado acreditará su derecho mediante la presentación del comprobante del descuento por parte del empleador, así como la fotocopia de ser necesaria.”

5.2 NORMAS EN QUE SE AMPARAN LAS EPS PARA NEGAR EL SERVICIO POR MORA PATRONAL

El artículo 209 de la Ley 100 de 1993¹⁴ dispone que, en el sistema contributivo, la ausencia de cotización es causal de suspensión de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud. Por ende, la norma autoriza que cuando se presenta incumplimiento del pago de la cotización no se suministre el servicio de salud.

Los Decretos 806 de 1998 (arts. 57, 58 y 73) y 1406 de 1999 (arts. 57 - 60), establecen que la afiliación a la EPS será suspendida después de un mes de no pago de la cotización y que transcurridos seis (6) meses continuos de suspensión de la afiliación, ésta quedará cancelada. En tal caso la EPS debe informar al empleado cotizante de su posible desafiliación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y esta comunicación deberá enviarse de manera previa a la cancelación de la respectiva afiliación, mediante correo certificado enviado a la última dirección que tenga registrada la EPS.

El artículo 59 del Decreto 1406 de 1999, en este sentido precisa que, en todo caso, será deber de las entidades promotoras de salud adelantar las labores administrativas y ejercer las acciones que resulten procedentes conforme a la ley a fin de garantizar un cumplido y

¹⁴ ARTICULO. 209.-**Suspensión de la afiliación.** El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase. (Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-177 de 1998).

completo recaudo de los aportes que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

5.3. DE LOS PRINCIPIOS QUE SE VULNERAN AL NEGAR LA EPS EL SERVICIO POR MORA PATRONAL

Las anteriores normas son contradictorias con el principio de CONTINUIDAD, tal como lo asevera la Corte Constitucional en el siguiente aparte de la sentencia SU-562/99:

*“El principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado **ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses**¹⁵, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la "garantía de la seguridad social" establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P. que, para efectos de los contratos suspendidos de trabajo tiene un argumento adicional en la ley 222 de 1995”.*

La continuidad en la prestación de los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones o suspensiones en la prestación de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que se requieran, según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario, sin justificación válida.

¹⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-562 de 1999. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, exige entonces que tanto las entidades públicas como las privadas que tienen la obligación de satisfacer su atención, no pueden dejar de asegurar la prestación permanente y constante de sus servicios, cuando con dicha actuación pongan en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios.

Es por ello que “el derecho a la prestación continua del servicio de salud debe primar en todos aquellos casos en los que la suspensión del servicio amenace de manera seria y grave la vida, la salud, la integridad y la dignidad de los pacientes. Un tratamiento médico iniciado por la Entidad Prestadora de Salud que todavía no ha sido culminado y cuya suspensión significa poner en juego la vida, la salud, la integridad y la dignidad del paciente, no puede ser interrumpido so pretexto de existir disposiciones legales o reglamentarias que así lo establecen, sea por razones económicas o por cualquier otro motivo”¹⁶.

Por consiguiente, no cabe duda de que las EPS, como garantes de los derechos de los afiliados, están en la obligación de prestar los tratamientos médicos requeridos hasta la estabilización del paciente, su recuperación o hasta que otro prestador del servicio lo haya asumido efectivamente. No puede admitirse su interrupción abrupta por razones de índole legal o administrativo, si con dicha actuación se pone en peligro la vida, la salud, la integridad personal y la dignidad del paciente.

En este orden de ideas, ninguna entidad de aseguramiento –incluyendo las de regímenes especiales– *“pueden desafiliar o cancelar la prestación de los servicios en salud de los usuarios, sin que previamente se haya adoptado algunas de las medidas de protección, entre ellas la referente a asegurar que*

¹⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-807 de 2012. Expediente T-3484711. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

otro prestador del servicio lo haya asumido efectivamente, por lo que el incumplimiento del principio de continuidad –en términos de eficiencia– significa poner en riesgo su vida, salud e integridad física”.

El retiro de un usuario de dichas entidades, no puede hacerse de manera abrupta, sino hasta tanto éste se encuentre afiliado a otra EPS o a otro régimen, si es que carece de capacidad de pago para asumir la cotización al sistema.

El alcance de esta protección, en virtud del principio de integralidad, supone el suministro de todos los servicios médicos que se requieran y que su médico tratante valore como necesarios¹⁷.

La jurisprudencia constitucional¹⁸ se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son:

(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

¹⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-807 de 2012. Expediente T-3484711. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 479 de 2012. Expediente T-3353576. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

El criterio de necesidad del tratamiento o medicamento, como pauta para establecer cuándo resulta inadmisibles que se suspenda el servicio en salud, en los casos en que una persona terminó una relación laboral, no vuelve a cotizar, pero tampoco se encuentra vinculada a otro régimen, y está recibiendo un servicio específico de salud, debe primar dicho criterio, pues de lo contrario implicaría sacrificar el goce efectivo de los derechos a la vida y a la integridad de la persona.

De acuerdo con lo anterior, se vulnera el derecho a la salud, cuando a pesar de la confianza generada con la atención suministrada, esta es suspendida abruptamente a pesar de que el afectado padece una enfermedad, que previamente ha sido diagnosticada y tratada por una entidad prestadora, en especial cuando requiere servicios médicos específicos y permanentes, de los cuales dependa la vida y la integridad personal.

Por consiguiente:

“En los casos en que una persona pierde su calidad de afiliado al sistema general de Seguridad Social en Salud, las entidades prestadoras tienen el deber de respetar la continuidad de los tratamientos médicos que se estén adelantando, hasta tanto otro operador del sistema asuma la prestación del servicio de salud del paciente”.

6. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 209 DE LA LEY 100 DE 1993

En este capítulo me permitiré hacer un breve análisis del artículo citado desde la óptica de la Corte Constitucional teniendo como bases las sentencias C-177 de 1998 y SU-562 de 1999 cuyo M.P. fue el Dr. Alejandro Martínez Caballero y T-378 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Rodríguez Caballero.

El artículo 33 (parcial) junto con el artículo 209, fueron objeto de una demanda de inconstitucionalidad impetrada por la Dra. Olga Lucía Abril. En nuestro análisis nos referiremos al componente que nos ocupa, teniendo como soporte el contenido referente al artículo 209.

El tema de la demanda era “El incumplimiento de la obligación de cotizar del empleador y los derechos a la prestación del servicio de salud del trabajador que ha cotizado cumplidamente”.

Mediante sentencia C-177 de 1998, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero se resuelve “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en los casos que se aplique a los afiliados al sistema contributivo no vinculados a través de relación de trabajo. En relación con los asalariados y servidores públicos, la norma es EXEQUIBLE pero en los términos señalados en los fundamentos 25, 29, 30, 31, 33 y 34 de esta sentencia”.

Considero interesante de esta sentencia la aclaración del voto de dos de los magistrados de la Sala. Es así como el Dr. José Gregorio Hernández Galindo manifiesta que: “En mi criterio, la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio sólo pueden tener lugar si se demuestra que el no pago de la cotización es imputable al afiliado. Como la norma no hizo esa distinción, por válidas que sean las consideraciones de carácter económico desde el punto de vista de la entidad prestadora de tales servicios, no se ajusta a la Carta Política dejar desprotegido al afiliado y a sus beneficiarios en materia tan delicada como la salud, cuya desatención pone en peligro la vida”.

Por su parte, el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz dice: “2. La sentencia, en la segunda parte, al referirse al sistema de salud, incurre en una contradicción con lo sostenido en el *obiter dictum*, puesto que no aplica la misma solución, pese a que la situación es semejante. En este caso, la Corte encuentra que no corresponde a las EPS asumir los costos de la mora patronal, pudiendo en consecuencia interrumpir los servicios de salud, tal y como nítidamente lo establece la ley. Empero, a continuación se abre la posibilidad de que a través de la acción de tutela las EPS sean condenadas a cumplir las prestaciones de salud a las cuales no están obligadas, justamente en razón de la mora patronal”.

Esta dos posiciones dejan entrever que el artículo no está bien confeccionado y requiere de un ajuste de fondo pero, como se demostró en el capítulo precedente, los decretos

que ha expedido el Ministerio encargado de este sector, van en contra vía del derecho fundamental y esencial a la seguridad social en salud.

En la sentencia SU-562/99 respecto al análisis que se realiza a la norma en la que básicamente se apoyan las Empresas Promotoras de Salud para negar el servicio a los afiliados del régimen contributivo y sus beneficiarios cuando existe mora patronal se continúa con el precedente de la Corte:

"Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte considera que es necesario distinguir las dos consecuencias previstas por la norma, ya que ésta establece no sólo la interrupción de la prestación del servicio sino incluso la suspensión de la afiliación, Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo "podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año." Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia."

Más sin embargo, llama la atención este aparte:

“El artículo 48 de la C. P. indica que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Por consiguiente, se constitucionalizó la seguridad social con un fuerte contenido de política social.

En la jurisprudencia constitucional, a nivel general y para todas las personas, se tiene como eje la idea de que la realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11 y 366 de la Constitución, sino también por el conjunto de reglas contenidas en leyes, decretos y acuerdos, en cuanto no sean contrarios a la Carta. Todas esas normas constituyen un derecho prestacional, eso significa que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y en la cláusula del Estado Social de Derecho.

En ese contexto el sistema de seguridad social en Colombia es mixto, pues puede ser prestado por el Estado o por los particulares, mediante delegación de aquél. Por esa delegación estatal las EPS prestan el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica (art. 11 decreto 1938 de 1994).

Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema, luego opera el llamado equilibrio financiero.

A nivel particular, tratándose de trabajadores dependientes (o sus beneficiarios) el sistema de seguridad social también se sujeta al sistema mixto antes indicado, sin perder la perspectiva de que el artículo 53 de la C.P. le da una connotación adicional (ser la seguridad social inherente a la relación laboral) y ello fortalece el carácter de servicio público esencial (ya señalado en los artículos 2 y 4 de la ley 100 de 1993).

Por lo tanto, la jurisprudencia de la C-177 de 1998 antes transcrita, que moduló el artículo 209 de la ley 100 de 1993, se integra con los artículos 103, 104 y 105 de la ley 222 de 1995 y con proposiciones normativas constitucionales contenidas en los artículos 365, 53 y 2° de la C. P. dentro de la siguiente argumentación:

El artículo 365 de la C.P. leído conjuntamente con la jurisprudencia transcrita permite concluir que tratándose de trabajadores dependientes puede haber consecuencias adicionales al tema de la salud en general.

En efecto dice el artículo 365: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado. Es deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”*.

Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P.

presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2°.

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

Marienhoff dice que

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

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado *“garantizar la efectividad de los principios”*. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes **no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses**, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la *“garantía de la seguridad social”* establecida como principio mínimo fundamental en el

artículo 53 de la C. P. que, para efectos de los contratos suspendidos de trabajo tiene un argumento adicional en la ley 222 de 1995”.

Se evidencia, a primera vista, que el derecho a la salud de los trabajadores dependientes no puede ser interrumpido ni suspendido cuando el empleador incurre en mora así sea superior a seis meses, mas sin embargo, el fallo de tutela no favoreció a todos los tutelantes y por ello el Dr. Cifuentes hizo salvamento de voto en esta sentencia.

Ahora bien, se tocó el tema de la prestación de servicios públicos. El artículo 104 de la ley 222 de 1995 (que modifica el Libro II del Código del Comercio) establece:

"ARTICULO 104. Prestación de Servicios Públicos. Las personas o sociedades que presten servicios públicos domiciliarios o industriales al deudor, admitido o convocado a concordato, no podrán suspender la prestación de aquéllos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si la prestación estuviere suspendida, estarán obligadas a restablecerla, so pena de responder por los perjuicios que se ocasionen. El valor de los nuevos servicios que se presten a partir de la apertura del concordato, se pagarán como obligaciones posconcordatorias.

Parágrafo. Igual regulación se aplicará a las entidades de previsión social en relación con las obligaciones que tengan con trabajadores del deudor."

Como se aprecia, en el primer inciso se consagra la continuidad en la prestación de los servicios públicos en los casos en que el empleador está en concordato y se halla en mora con la entidad prestadora del servicio. Con igual o superior razón el trabajador a quien se le presta los servicios públicos de seguridad social, con fundamento en relación laboral vigente, queda amparado con dicho principio de continuidad.

O sea que en la legislación colombiana, aunque el empleador se halle en proceso de concordato no podrá suspenderse la seguridad social en salud a los trabajadores. Aunque no se mencionen en el artículo los casos de liquidación obligatoria esto no borra los principios de los servicios públicos, uno de ellos muy importante: la continuidad, ni menos el principio de garantizar la seguridad social establecido en el artículo 53 de la C.P. Por supuesto que, emanando la prestación del servicio de la relación laboral, lo correspondiente a dicho servicio es crédito privilegiado.

Se desprende de esta hermenéutica jurídica el deber esencial en la prestación del servicio público de salud a cargo del Estado o de quien este haya autorizado para ello, el cual debe ser prestado en concordancia con los principios en que se basa el sistema: Eficiencia, Universalidad y Solidaridad. Como bien lo relata la sentencia, el principio de Eficiencia conlleva en sí mismo la obtención de un servicio de calidad, la oportunidad debida, sin interrupción y eficaz en la solución pretendida.

La sentencia T-378 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Rodríguez Caballero se ratifica que:

*“Si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. Al igual que las entidades administradoras de pensiones, se **entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.** Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela*

ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental”.

En la citada sentencia la Corte plantea dos alternativas cuando las EPS niegan el servicio de salud a los afiliados del régimen contributivo por la mora patronal y las resume así:

La primera tesis es la siguiente:

“... Por los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. (sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-154A de 1995 y T-158 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-072 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-202 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz).

La segunda tesis planteada es la siguiente:

“Considera que si por descuido o dolo del empleador, éste no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos. (Sentencias T-330 de 1994 y T-01 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-341 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-571 de 1994 y T-131 de 1995M.P. Jorge Arango Mejía, T-005 de 1995 y T-287 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

Concluye que: *“en la acción de tutela, el juez constitucional puede optar cualquiera de estas dos soluciones”.*

Como se puede observar, la Corte Constitucional es reiterativa en su posición, mas sin embargo se continua con el abuso del poder por parte de las EPS en negar el servicio y efectuar el cobro de las cotizaciones cuando el empleador estuvo en mora y no prestó servicio alguno, incurriendo, muy probablemente, en los delitos **de cobro de lo no debido o por servicios no prestados y abuso de la posición dominante**. También se configuraría el delito al sistema como tal de **enriquecimiento sin causa**, al afectarse la economía de los trabajadores quienes son la pieza más débil en la relación tripartita por cuanto se abstienen de exigirle a su empleador so pena de tener retaliaciones en su contra. Aún no existe solución de fondo a esta problemática y se requiere demostrar al Congreso el daño tan grande que ocasiona una redacción de un artículo como el 209 de la Ley 100 de 1993 del cual fue demandada su constitucionalidad quedando condicionado por la sentencia C-177 de 1998 a la interrupción del servicio y no a la suspensión de la afiliación al manifestar la Corte Constitucional en el numeral 32 que:

*“Como vemos, las anteriores precisiones no favorecen el incumplimiento del empleador ya que éste no se exonera de la obligación de transferir la cotización, puesto que la entidad promotora de salud está en todo su derecho de repetir el pago contra el empleador y así hacer efectiva la correspondiente obligación, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y **en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social. Además, la Corte precisa que en todo caso subsisten las sanciones administrativas, financieras y, si es el caso, penales que la ley prevé para el incumplimiento del patrono”.** Negrillas nuestras.*

La precitada sentencia T-760 de 2008 resume los derechos constitucionales con que cuenta toda persona con el fin de tener acceso a los servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz, garantizado por el derecho fundamental a la salud en el orden constitucional

vigente, basados en los principios de universalidad, integralidad y continuidad, acorde con la jurisprudencia constitucional:

“(i) Acceso a servicios. Toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS,¹⁹ autorice el acceso a los servicios que requiere y aquellos que requiere con necesidad, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica irrespetar el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser oportuno, de calidad y eficiente.

(ii) Protección especial a niños y niñas. Los derechos a acceder a un servicio de salud que requiere un niño o una niña para conservar su vida, su dignidad, y su integridad así como para desarrollarse armónica e integralmente, está especialmente protegido; cuando una EPS obstaculiza el acceso a servicios de salud, incluidos aquellos que atienden las necesidades específicas de los menores, irrespetar gravemente su derecho a la salud.

(iii) Concepto del médico adscrito y externo. Por regla general, el médico que puede prescribir un servicio de salud es el médico adscrito a la EPS. El usuario puede acudir a otros médicos pero su concepto no obliga a la EPS a autorizar lo que éste prescribió, sino a remitir al usuario a un médico adscrito a la correspondiente EPS (al respecto, ver apartado 4.4.2.). Toda persona tiene derecho a que su EPS valore científica y técnicamente el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud que considera que la persona requiere un servicio de salud. Este médico es el médico adscrito a la EPS y a él debe acudir el interesado. No obstante, en el evento excepcional de que el interesado acuda a un médico externo – no adscrito a la red de prestadores de la correspondiente EPS– la EPS tiene una carga de valoración del concepto de dicho médico. El concepto del médico externo no podrá ser automáticamente descartado por la EPS, sino que es necesario una valoración de su idoneidad por parte de un médico adscrito a la EPS (de manera directa o mediante remisión del interesado) o del Comité Técnico Científico, según lo determine la propia EPS.

(iv) Acceso sin obstáculos por pagos. ‘Los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo’.

¹⁹ En el actual régimen legal, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud a las personas son denominadas ‘Entidades Promotoras de Salud’, EPS.

(v) *Acceso al diagnóstico.* Toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud.

(vi) *Allanamiento a la mora.* Cuando una EPS no ha hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes atrasados, se allana a la mora y, por ende, no puede fundamentar el no reconocimiento de una incapacidad laboral en la falta de pago o en la cancelación extemporánea de las cotizaciones.

(vii) *Protección a las enfermedades catastróficas y de alto costo.* El acceso a los servicios de salud oportunos es especialmente garantizado cuando se trata de una persona con una enfermedad catastrófica o de alto costo; no se les puede dejar de atender ‘*bajo ningún pretexto*’, ni pueden cobrársele copagos.

(viii) *Acceso con continuidad a la salud.* El acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; irrespetar el derecho a la salud una EPS que suspende un servicio de salud que se requiere, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador.

(ix) *Información, acompañamiento y seguimiento.* Toda persona tiene derecho a que las EPS o autoridades públicas no obligadas a autorizar el servicio de salud pedido, adopten las medidas adecuadas para, por lo menos, (1) suministrar la *información* que requería para saber cómo funciona el sistema de salud y cuáles son sus derechos, (2) *indicar* específicamente cuál era la institución prestadora de servicios de salud que tiene la obligación de realizar las pruebas diagnósticas que *requiere* y una cita con un especialista, y (3) la *acompañar* durante el proceso de solicitud del servicio, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

(x) *Prohibición de trasladarle a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS.* Toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud sin que las EPS puedan imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad. En especial, toda persona tiene derecho a que su EPS autorice y tramite internamente los servicios de salud ordenados por su médico tratante; una EPS irrespetar el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite.

(xi) *Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad.* Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que *requiere con necesidad*, como ocurre por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. En el mismo sentido, las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.

(xii) *Libertad de elección de EPS.* Toda persona tiene derecho a elegir la EPS que se encargará de garantizarle la prestación de los servicios de salud, con las limitaciones razonables que imponga la regulación. La limitación superior impuesta a la libertad de escogencia dentro del Sistema de Salud a las personas afiliadas que se encuentren sometidas a servicios de alto costo podrá ser aplicada si (1) el ‘afiliado’ (2) está ‘*haciendo uso de servicios*’ (3) para atender ‘*procedimientos de alto costo*’ (4) ‘*sujetos a períodos mínimos de cotización*’. No puede extenderse la limitación mediante interpretaciones extensivas, como por ejemplo, impedirle a un ‘afiliado’ trasladarse a una entidad porque su hijo menor, un ‘beneficiario’, tiene una enfermedad de alto costo”.

Con estos conceptos jurisprudenciales como fundamento, así como el estudio de la normatividad pertinente, tenemos bases para plantear nuestra tesis respecto al problema planteado, con el objetivo de presentar un mecanismo alternativo que permita el acceso a la prestación del servicio de salud, aun cuando éste no sea urgente, a los afiliados al régimen contributivo y a sus beneficiarios. Además, la obligatoriedad del pago de los aportes por parte de las empleadoras así como la facultad legal del recaudo completo de las cotizaciones al sistema impuesta a las entidades prestadoras del servicio de salud hacen de este servicio público esencial, derecho a la salud, una categoría especial puesto que, la no prestación del servicio por parte de las EPS cuando el empleador se encuentra en mora, es responsabilidad del empleador moroso.

7. CONCLUSIONES

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991, y la transformación de Estado de Derecho a Estado social de Derecho, nuestro ordenamiento jurídico ha sido contradictorio al momento de legislar en materia de Seguridad Social, ante su inoperancia de no poder garantizar derechos fundamentales como es la salud a su población.

Según lo expuesto, es función de los organismos de vigilancia y control el hacer que el Sistema de Seguridad Social en Salud, sea prestado de manera eficiente cuando el empleador se encuentre en mora, apoyado además en la nueva Ley estatutaria de la salud y en la constitución política.

El máximo organismo rector encargado de la inspección, vigilancia y control de las entidades obligadas a prestar el servicio a la salud de manera eficiente, es la Superintendencia de Salud.

Además, existen otras entidades que, por su naturaleza y las funciones que desempeñan ejercen vigilancia y control a las entidades prestadoras de los servicios de salud, a saber:

- La Procuraduría General de la Nación.
- La Contraloría General de la República.

- La Defensoría del Pueblo.
- Las Personerías municipales y distritales.

Los usuarios para hacer efectivo su derecho fundamental a la salud, cuentan con la nueva Ley estatutaria de la salud, la atención de sus quejas por parte de los organismos de inspección, vigilancia y control, con la opción de interponer la acción de tutela contra las entidades que vulneren su derecho fundamental a la salud, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en sentencia T-160 de 2014 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla:

“... esta Corte ha consolidado que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a los derechos a la seguridad social y a la salud, con mayor razón frente a grupos de población que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los niños, niñas y adolescentes, las personas de avanzada edad y quienes se encuentren en condición de discapacidad”.

Y, en caso de no acatarse lo dispuesto, los usuarios deberán utilizar el incidente, como mecanismos para exigir la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud que le es negado.

Nuestra Constitución propende por la Dignidad Humana y nuestros legisladores, las Altas Cortes y los operadores de justicia la interpretan de manera personalísima, como es propio de la hermenéutica jurídica.

Si bien el artículo 209 comentado es una punta de lanza para las EPS, es claro que la jurisprudencia propende por el respeto al derecho constitucional y fundamental a la salud, sin contravenir los principios de continuidad e integralidad en la prestación del servicio de salud, los que conllevan aspectos como eficiencia, oportunidad y calidad, por lo que se hace necesario modificarlo de manera expresa a través de una ley.

La tesis del investigador, consiste en que el servicio de salud no se debe dejar de prestar al trabajador afiliado ni a sus beneficiarios cuando el empleador haya efectuado el descuento del aporte o cotización a cargo del empleado, aunque aquel no haya efectuado el pago de la totalidad de la cotización.

Con el artículo 43 de la ley 789 de 2002, ley ésta que no atañe a la seguridad social, se trató de velar por la protección del afiliado y beneficiario del sistema de salud, a su derecho a la salud sin suspensión de la afiliación ni de la prestación del servicio por mora patronal; el trasfondo está en que:

1. Las empleadoras tienen la obligación de consignar el total de las cotizaciones al sistema de seguridad Social dentro de los términos establecidos para ello legalmente. Las consecuencias jurídicas de este incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud, más aún cuando "la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador", por ende el principio de la buena fe (C.P. art. 83), resultaría de ese modo quebrantado.

2. Legalmente, las administradoras (EPS) son responsables del recaudo de las cotizaciones, por tanto son éstas las responsables de la mora patronal. Las empleadoras no son prestadoras del servicio de salud, por tanto sería una carga prestarlo a sus empleados.
3. Las disposiciones facultan a las EPS para que ejerzan eficazmente la función de recaudo y cobro - cobro coactivo- así como la de repetir contra el empleador moroso por los servicios prestados a los afiliados durante el periodo en que estuvo en mora.
4. Existe un temor injustificado en las administradoras para ejercer sus funciones de recaudo y cobro de manera eficiente a los empleadores morosos, por cuanto creen que éstos influenciarían a sus empleados y trabajadores a que tomen la decisión de trasladarse de entidad administradora.
5. En ningún momento el empleado dispone de los recursos para cotizar, por cuanto es una deducción de ley que no requiere siquiera autorización de éste para que lo apliquen, por tanto, éste no debe ser el afectado ni el factor motivante de la EPS para ejercer coerción al empleador para el pago de las cotizaciones respectivas.

Ahora bien, como es sabido, los derechos fundamentales son los derechos inherentes a la persona humana. En nuestro país se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo, han sido reconocidos por la Corte Constitucional algunos derechos pertenecientes a la llamada segunda generación, es decir, ha reconocido, a través de jurisprudencia, como

derechos fundamentales ciertos derechos sociales que son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna.

Si bien es cierto que con la nueva ley estatutaria de la salud se reconoció a éste como derecho fundamental, queda la tarea de reglamentar su aplicación material.

Por tanto y acorde con los argumentos de la Corte Constitucional, se hace necesario plasmar en una norma que modifique el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 acorde con los siguientes parámetros, que podría tener en cuenta el legislador:

“Para los asalariados, la mora patronal no es razón para obstaculizar el acceso de los afiliados del régimen contributivo ni a sus beneficiarios a la seguridad social en salud, siendo obligatorio que las empresas prestadoras de los servicios de salud o quienes hagan sus veces, presten el servicio sin interrupción y de manera diligente, con calidad, eficiencia y la oportunidad debida.”

Es por ello que el investigador considera de suma importancia plasmar, bajo los parámetros citados, un ajuste a la norma, la que si bien es cierto que pasó la revisión de constitucionalidad al momento de crearse la Ley 100 de 1993, posteriormente fue declarado exequible condicionado al presentarse demanda de inconstitucionalidad contra el precitado artículo 209.

No obstante, la Procuraduría General de la Nación debe efectuar el respectivo seguimiento y/o auditorías al aseguramiento frente a las EPS en su obligación de reportar

periódicamente información sobre el estado de cartera, qué instrumentos de verificación aplican y qué acciones han tomado frente al incumplimiento de los plazos previstos para el pago de la prestación de los servicios previstos en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.

Además, en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales, la Procuraduría General de la Nación, a través de un estudio realizado al sector de la salud que tituló “Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas” (2012), tiene unas líneas de acción en las que se propone el “deber de identificar las acciones desarrolladas para conocer el comportamiento del recaudo de las cotizaciones que se realiza a través de la planilla integral de liquidación de aportes. Se debe verificar que el administrador del Fosyga realice análisis de la consistencia entre el aporte a salud y a pensiones, así como del número de meses cotizados durante el último año. Por otro lado, se debe verificar que el Ministerio de la Protección Social esté implementando un sistema donde se pueda verificar la base de cotización de los afiliados frente a sus ingresos reales, realizando cruces con información de la DIAN y entidades financieras”.

De igual forma, el investigador considera necesario que las autoridades como Supersalud, Ministerio de la Protección Social, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República, incluso la misma Fiscalía, se hagan parte activa en la vigilancia de los deberes de los empleadores y de las administradoras, en especial, con lo relativo a la evasión y a la elusión, dos formas de delitos que se consideran cánceres para el

SGSS, y por los que se deben aplicar con mayor rigurosidad las sanciones administrativas y penales estipuladas.

Por lo anterior, es claro para el investigador que los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo no deben soportar las cargas que le impone la mora patronal y, en caso de asumir éstas cargas, el empleado debe exigir su reembolso ante el empleador moroso y éste debe reintegrarlo sin dilación alguna. También es válido manifestar en las presentes conclusiones que, ante este incumplimiento del patrono en sus obligaciones legales, el empleado puede renunciar a su contrato laboral y solicitar indemnización bajo la figura jurídica de “despido indirecto”.

Por tanto, en casos de presentarse la negación al acceso de los servicios de salud al afiliado del régimen contributivo o uno de sus beneficiarios, éstos pueden acudir, con la respectiva constancia del descuento de los aportes a la seguridad social, ante el representante del Ministerio Público (Personero Distrital o Municipal) o ante el Defensor Público de la localidad y así exigir la prestación de los servicios de salud.

Esperando que con la nueva ley de la salud se proteja el acceso a este derecho fundamental a los afiliados al régimen contributivo y a sus beneficiarios, sin contratiempo alguno y con la calidad debida de la atención en salud, es decir, atendiendo las características

propias de un servicio de calidad: que sea accesible, oportuno, seguro y con racionalidad técnica. Además, que sea prestado de manera idónea y con competencia profesional, con disponibilidad y suficiencia de recursos, eficaz, eficiente, íntegra, continua, con una atención humanizada y la satisfacción del usuario con la atención recibida.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Constitución Política Colombiana.

Cortes Hernández, Oscar Ivan. (2011). Derecho de la seguridad social. Bogotá D. C.: 4ª ed. Ed. Librerías Ediciones del Profesional Ltda.

Estatuto de Seguridad Social y Pensiones.

Arenas Monsalve, Gerardo. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá D.C.: 3ª ed. Ed. Legis.

Osorio Villada, S., Ricardo Ladino, J., DIAZ PEÑA, H. & Pérez y Soto Domínguez, A (2011). Eficacia del derecho y el conflicto económico en el sistema de salud. Santiago de Cali. Ed. Universidad Central del Valle del Cauca.

Rodríguez Mesa, R (2011). Estudios sobre seguridad social. Barranquilla. 2ª ed. Ed. Universidad del Norte.

Procuraduría General de la Nación. (2012) Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas. Bogotá. Ecoe Ediciones Ltda.

ANEXOS

ANEXO 1
CARTA DE ENTREGA Y AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Barranquilla, Fecha

Marque con una X

Tesis Trabajo de Grado

Yo ALVARO NAVARRO CHAUX, identificado con C.C. No 8.743.077, actuando en nombre propio y como autor de la tesis y/o trabajo de grado titulado **ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DENTRO DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD** presentado y aprobado en el año 2014 como requisito para optar al título de ABOGADO; hago entrega del ejemplar respectivo y de sus anexos de ser el caso, en formato digital o electrónico (DVD) y autorizo a la CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA, para que en los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia, utilice y use en todas sus formas, los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, transformación y distribución (alquiler, préstamo público e importación) que me corresponden como creador de la obra objeto del presente documento. Y autorizo a la Unidad de información, para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Corporación Universitaria de la Costa, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en la página Web de la Facultad, de la Unidad de información, en el repositorio institucional y en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la institución y Permita la consulta, la reproducción, a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato DVD o digital desde Internet, Intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer.

El AUTOR - ESTUDIANTES, manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y la realizó sin violar o usurpar derechos de autor de terceros, por lo tanto la obra es de su exclusiva autoría y detenta la titularidad ante la misma. PARÁGRAFO: En caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos de autor sobre la obra en cuestión, EL ESTUDIANTE - AUTOR, asumirá toda la responsabilidad, y saldrá en defensa de los derechos aquí autorizados; para todos los efectos, la Universidad actúa como un tercero de buena fe.

Para constancia se firma el presente documento en dos (02) ejemplares del mismo valor y tenor, en Barranquilla D.E.I.P., a los 23 días del mes de Enero de Dos Mil Quince 2015.

EL AUTOR - ESTUDIANTE._____

ANEXO 2

FORMULARIO DE LA DESCRIPCIÓN DE LA TESIS O DEL TRABAJO DE GRADO

TÍTULO COMPLETO DE LA TESIS O TRABAJO DE GRADO: **ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DENTRO DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD**

AUTOR AUTORES

Apellidos Completos	Nombres Completos
NAVARRO CHAUX	ALVARO

DIRECTOR (ES)

Apellidos Completos	Nombres Completos
HERRERA TAPIAS	BELIÑA

JURADO (S)

Apellidos Completos	Nombres Completos
SOLANO BENT	DARWIN
SUAREZ SALGADO	JHON

ASESOR (ES) O CODIRECTOR

Apellidos Completos	Nombres Completos
ROMERO MARIN	LIGIA CIELO

TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE: **ABOGADO**

FACULTAD: DERECHO

PROGRAMA: Pregrado Especialización _____

NOMBRE DEL PROGRAMA. _____

CIUDAD: Barranquilla **AÑO DE PRESENTACIÓN DEL TRABAJO DE GRADO:** 2014

NÚMERO DE PÁGINAS 80