

LA MORA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

LIGIA JEANETTE GÓMEZ TORO
XIMENA ESPERANZA ROJAS GANTIVA

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
CHÍA
2005

LA MORA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

LIGIA JEANETTE GÓMEZ TORO
XIMENA ESPERANZA ROJAS GANTIVA

TRABAJO DE GRADO

DIRECTORA
Dra. JANETH PÉREZ CAMBEROS
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
CHÍA

2005

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Chía, 11 de Mayo de 2005

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a Dios por permitimos realizar este trabajo, por darnos la oportunidad de aprender y por brindarnos todos esos dones que tenemos y podemos aprovechar, Agradecemos el conocimiento, pues este nos ayuda a conocer la forma como funciona nuestro país y tener bases para tomar decisiones correctas y justas que marquen la diferencia en nuestra sociedad.

Queremos dar gracias también a la Universidad de La Sabana, es especial a la Facultad de Derecho, sus profesores y cuerpo administrativo por acercarnos a todos los conocimientos de los que hoy nos sentimos enormemente orgullosas.

También agradecemos a la Doctora Janeth Pérez Camberos por dedicarnos su valioso tiempo orientando nuestra investigación, con todas sus sugerencias encaminadas a mejorar siempre esta investigación.

Finalmente, agradecemos a nuestra familia por estar siempre a nuestro lado apoyándonos en todas las decisiones que tomamos.

¡ Muchas Gracias!

RESUMEN

El objetivo de este estudio es identificar las consecuencias jurídicas de la mora en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud. La investigación se basa en un análisis deductivo del sistema general de seguridad social estudiando sus diferentes subsistemas (pensiones, riesgos profesionales y salud), abarcando de una manera específica el subsistema de seguridad social en salud, sus objetivos, conformación, financiación y el Plan Obligatorio de Salud – POS que contiene los servicios que se prestarán a los afiliados, el cual a pesar de tener una regulación legal clara ha sido analizado por la Corte Constitucional modificando la manera en cómo ha de prestarse el servicio, ahora atenderá a criterios como la vida y la vida digna como principios constitucionales y en consecuencia prevalentes sobre las normas de inferior categoría.

De tal manera, que tras analizar la ley 100 de 1993 y la línea que marca la Corte Constitucional en materia de salud, los resultados sugirieron que hay una problemática no únicamente financiera a nivel interno de las entidades prestadoras del servicio público de salud, sino también una confusión legislativa ya que no se cumplen los parámetros establecidos por la ley 100 para la prestación del servicio, y quien realmente establece dichos lineamientos es la Corte Constitucional, quien realmente decide el funcionamiento del sistema de salud y de las entidades prestadoras del servicio.

ABSTRACT

The Objective of this study is to identify the legal consequences of the delay in the payment in the contribution to general system of social security.

The research is based on a deductive analysis of the different sub systems (Pension, Professional Risk and health), covering the sub system of social security in health, its objects, structure, funding and Obligatory Health Plan –OHP-, that contains the services to be delivered to the affiliates, which in despite of having a clear legal regulation has been analyzed by Constitutional Court, which has changed the way service is to be delivered, attending to criteria such as; life and dignity as prevailing principles to the inferior laws category.

This way, after analyze the 100 of 1993 law and the line traced by Constitutional Court on health cover, the results suggest that there is not only an institutional internal financial problem, but also is a legislative confusion due to the fact that the parameters service delivering established by the 100 law are not followed, and in the end such parameters are established by the Constitutional Court, which through its intervention affects the health delivery service in his own legal nature, allowing a lot of abuses from the State and the affiliates to the system when contributions are not paid in time, it allows the delivery of the service, and give additional benefits to the OHP, where the Constitutional Court decides on how the health system and the institutions responsible for

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. SUBSISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	6
1.1 ASPECTOS GENERALES	6
1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD	19
1.3 REGULACIÓN ACTUAL DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD	32
2. LA MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO	35
2.1 LA MORA EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	39
2.1.1. Regulación Legal	39
2.1.2. Regulación Jurisprudencial	43
2.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS	55
2.2.1. La Corte deja sin efecto la mora en el sistema general de salud	56
2.1.3. La Corte Constitucional Extralimita las Prestaciones del Plan Obligatorio de Salud	57
2.2.3. Existe discriminación frente a trabajadores independientes	58
2.2.4. Las EPS son responsables del Recaudo de Aportes de la Seguridad Social en Salud.	59
3. CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	64
ANEXOS	73

INTRODUCCIÓN

El bienestar de cada uno de los individuos ha sido, históricamente la causa final de la evolución de los estados, pues todo cambio ha obedecido en el fondo a la necesidad de mejorar las condiciones de vida individual y familiar de cada miembro de la sociedad. Esto se ha materializado en la creación de ciertas políticas tendientes a buscar estos beneficios que la sociedad requiere y que hoy en día se conoce con el nombre de Seguridad Social, la cual persigue objetivos generales y específicos, dentro de los cuales el más importante es proteger a la persona, en su desarrollo físico y mental de manera integral, asegurando la eficacia de tal protección y la aplicación de los derechos fundamentales.

La Seguridad Social desarrolla en sus principios y en su finalidad un contenido meramente social, donde su mayor preocupación es mejorar las condiciones de los individuos, a saber, la integridad física, psíquica y espiritual, la salud y el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, como elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social de las personas. A través del tiempo este concepto ha evolucionado, ampliando su ámbito al de Protección Social que implica la creación de un sistema que integra varios factores que garantizan la atención integral y suficiente de las necesidades y derechos de los individuos y grupos familiares.

El principal objetivo del concepto de Protección Social es brindar la unidad familiar en forma coordinada y armónica, el máximo de beneficios en términos de salud, educación y vivienda; Es por ello que el objetivo de este sistema no sólo se limita al Sistema de Seguridad Social como tal sino que lo integra otros organismos, en el caso colombiano SENA e ICBF.

La Organización Internacional del Trabajo, OIT, define la seguridad social así¹:

¹ CAÑÓN ORTEGÓN, LEONOR. Régimen de la Seguridad Social y Pensiones en Colombia. Editorial Leyer, 1998. Bogotá. Pag ciudad editorial

Es un sistema conjunto que comprende una serie de medidas oficiales cuyo fin es proteger a gran parte de la población contra las consecuencias de los diversos riesgos sociales, como la enfermedad. El desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la vejez o la invalidez y el fallecimiento del sostén de la familia.

Por su parte, la Constitución de 1991 consagró la seguridad social como derecho sagrado del individuo y de la familia y como principal deber del Estado, protegido dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, dicho capítulo impone al Estado el deber de velar por la seguridad social, el bienestar y la dignidad del individuo, la familia y la comunidad.²

Por ser considerado un derecho de segunda generación, el derecho a la Seguridad Social necesita reglamentación legal para su exigibilidad, esta aparece de manera general en la Ley 100 de 1993 mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y en particular en los decretos reglamentarios que inciden en cada uno de sus subsistemas.

La seguridad social goza de tres características: Es un servicio público esencial además es un derecho de carácter irrenunciable y finalmente, y según la interpretación de la Corte Constitucional es un derecho fundamental por conexidad.

La Constitución Política de 1991³ y La Ley 100 de 1993⁴, expresamente dan la calidad de servicio público a la seguridad social, y agregan al Subsistema de Salud la característica de esencial, al igual que lo hace en el Subsistema de Pensiones, con la diferencia de que este será esencial solo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

² COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 7 de Julio de 1991. Constitución Política de Colombia. Artículos 44,46,47,48 y 49.

³ COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 7 de Julio de 1991. Constitución Política de Colombia. En www.mininterior.gov.co Artículo 48. "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"

⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", En. www.mininterior.gov.co. Artículo 4 La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley.

El segundo aspecto que marca el derecho a la Seguridad Social de una connotación diferente a los demás servicios públicos es la irrenunciabilidad. La Constitución Política establece que "el Derecho a la Seguridad Social es irrenunciable"⁵, ya que es una manifestación concreta del Estado Social de Derecho, pues de perder su carácter se estaría violando el principio constitucional y democrático de la dignidad humana, principios consagrados como base de la organización social de nuestra Nación para convertirla en un Estado Social y Democrático de Derecho.

La Constitución Política de 1991 y la ley 100 de 1993, muestran de manera implícita que la naturaleza jurídica de este derecho se trata de un derecho constitucional no fundamental pero irrenunciable, que se materializa como un servicio público, que en algunos casos será esencial. No obstante, La Corte Constitucional, ha establecido que el derecho a la Seguridad Social, como derecho no fundamental, está excluido de protección por vía de tutela, salvo casos excepcionales en los que su reconocimiento va de la mano con derechos fundamentales como la vida, la integridad física y moral, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad⁶.

El Sistema de Seguridad Social Integral está conformado por tres subsistemas, de los cuales cada uno posee características especiales. El Sistema General de Pensiones es aquel que garantiza a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, se divide en dos regímenes administrados por diferentes sujetos y con un funcionamiento distinto, estos son: El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto del Seguro Social mediante el cual todos los afiliados con sus cotizaciones actuales, pagan obligaciones y pensiones actuales del régimen. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es administrado por instituciones privadas llamadas Administradoras de Fondos de Pensiones, en donde cada uno

⁵ COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 7 de Julio de 1991. Constitución Política de Colombia. En www.mininterior.gov.co Artículo 48

⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T - 202 de Abril 18 de 1997. Expediente. 116.511 Magistrado .Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz. "A pesar de no aparecer dentro del Capítulo I, Título II de la Constitución que se refiere a los Derechos Constitucionales Fundamentales, adquiere esa categoría por considerarlo como lo ha hecho esta Corporación, un "Derecho fundamental por conexidad", los cuales son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto Constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración de la amenaza de los segundos. En el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida"

de los afiliados tendrá una cuenta individualizada con sus recursos con los cuales hará un ahorro para pagar su propia pensión cuando sea tiempo de jubilarse, un cero punto cinco por ciento del ingreso mensual de esta cuenta se destinará para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que subsidia a aquellos pensionados que teniendo edad no alcanzan a tener ahorrado el dinero suficiente para una pensión de por lo menos un Salario Legal Mínimo Mensual Vigente (SLMMV).

El Sistema General de Riesgos Profesionales, está destinado a proteger y atender los efectos de la enfermedades y accidentes que ocurran como consecuencia del trabajo que las personas desarrollen. Es obligatorio para todas las empresas que funcionen en el territorio nacional así como para todos los trabajadores ya sean dependientes o independientes, es administrado por Administradoras de Riesgos Profesionales.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, se divide en dos regímenes: El contributivo, al cual pertenecen todas las personas con capacidad de pago, es decir, trabajadores dependientes, Independientes y Pensionados y el Subsidiado que es un sistema creado para las personas de bajos recursos al cual pertenecen grupos económicamente vulnerables.

Enfatizamos en el régimen contributivo, pues resulta de especial importancia para este trabajo de grado, ya que es el que recibe una directa financiación por parte de los usuarios, quienes cancelando una cotización, financian el servicio que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) quienes a su vez habrán de prestarles lo que será el Plan Obligatorio de Salud (POS). La Corte Constitucional ha motivado un interesante desarrollo respecto de este plan y por lo tanto no puede ser definido únicamente como el plan que el Estado diseña para la prestación del servicio de salud a los afiliados al sistema, sino que presenta otras facetas en razón a los sujetos que intervienen en el servicio, en cuanto a las prestaciones que suministra opera de una manera más amplia, al subordinar las prestaciones del POS a los derechos fundamentales que la Corte protege, esto son, principalmente la vida y dignidad humana.

La Corte Constitucional a través de sus fallos, se ha convertido en uno de los actores más determinantes del sistema, impulsando y garantizando la efectividad de derechos fundamentales,

dentro del subsistema del cual hacen parte tanto organismos públicos como privados así como los afiliados al sistema, dicha interrelación de sujetos hace que la investigación tome un giro que mezcla diferentes aspectos del Derecho, puesto que entre todos los sujetos se dan relaciones de carácter público y privado, cuyo límite es demasiado delgado y por lo tanto, la posibilidad de que se confundan las relaciones es tan probable como real.

Basándonos en la guía jurisprudencial y en la leyes que desarrollan la Seguridad Social en Salud y que amparan los derechos fundamentales, hemos estudiado el fenómeno de la mora en el pago de los aportes y las consecuencias que genera para con los actores involucrados encontrando que la mora no afecta el servicio asistencial cuando el estado de salud del usuario guarda íntima relación con el derecho a la vida o a la dignidad humana, constituyéndose un derecho fundamental por conexidad. De otra parte se analiza la aplicabilidad de los principios civiles legales propios de esta figura, así mismo se ha determinado a través de este estudio que la dimensión jurisprudencial de la mora, implica una serie de compromisos adicionales para el Estado, para las entidades prestadoras del servicio y para los mismo usuarios.

Así las cosas, la hipótesis de este proyecto se responde, aclarando que la mora aplica de manera parcial pues aunque hay casos en los cuales ante el no pago se dan las sanciones de ley, la Jurisprudencia Constitucional reconoce que existen casos especiales, principalmente frente a trabajadores dependientes y situaciones excepcionales donde la vida esté en peligro, en las cuales la mora no aplica.

El método utilizado en este trabajo es analítico sintético ya que parte del análisis y estudio de leyes especiales tales como decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para determinar aspectos puntuales del funcionamiento del sistema. Posteriormente se analiza la Jurisprudencia Constitucional relacionada con situaciones fácticas que surgen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde se discute la mora como fenómeno, presente en el contexto y se analizan las diferentes posturas relacionadas con los efectos propios de esta circunstancia, llegando en última instancia a recoger sus pronunciamientos en la sentencia C – 800 de 2003 la cual ha sido ratificada por fallos

posteriores en la que se aplica esta doctrina constitucional, relacionados todos (leyes, decretos y sentencias) en los anexos contenidos en este trabajo de grado.

1. SUBSISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

1.1 ASPECTOS GENERALES

El Subsistema de Seguridad Social en Salud está conformado por el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a garantizar a toda la población el servicio público esencial de salud.⁷ Para hacer realidad el objeto del Subsistema de Seguridad Social en Salud⁸, se crea un sistema con una estructura organizada logística y financieramente, que tenga capacidad para ofrecer rentabilidad y autosostenimiento; para lo cual, desde el inicio se ha manejado de manera dual o mixta, es decir, por el sector público y privado, permitiendo la competencia entre Entidades Promotoras de Salud y Empresas Sociales del Estado ofreciendo los mismos servicios, en igualdad de condiciones pero con recursos de destinación diferente.

La conducción del Sistema de Seguridad Social en Salud está bajo la dirección, orientación y regulación del Presidente de la República quien atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública así como el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud de conformidad con el plan económico social, las funciones de inspección y vigilancia del Presidente de la República que podrán ser delegadas en el Ministerio de Protección Social, la Superintendencia de Salud y los jefes de las entidades territoriales. Según la Ley 100 de 1993⁹, los órganos de dirección, vigilancia y control del Sistema de Seguridad Social en Salud son: Los Ministerios de Salud y Trabajo hoy reunidos en el Ministerio de Protección Social, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia de Salud.

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, En. www.mininterior.gov.co, Artículo 152.

⁸ *Ibíd.* Artículo 152

⁹ *Ibíd.*, Artículos 170 y 171

También se encuentran los organismos de administración y financiación que son, las Entidades Promotoras de Salud - EPS , las Instituciones Prestadoras de Servicios y finalmente se encuentra el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, el cual explicaremos más adelante debido a su importancia como organismo de administración de los fondos del sistema.

Por una parte se encuentran las Entidades Promotoras de Salud – EPS, son empresas públicas o privadas responsables de la afiliación, el registro de los afiliados, el recaudo de sus cotizaciones y la prestación de los servicios de salud a los afiliados al régimen contributivo, su función será organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud y girar dentro de los términos previstos en la ley la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación (UPC)¹⁰ al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Por otra parte, existen las Instituciones Prestadoras de Servicios que pueden ser entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias o solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema, dentro de las EPS o por fuera de ellas. Aunque pertenezcan a una EPS, gozan de autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. La función esencial de las Instituciones Prestadoras de Salud, es precisamente prestar los servicios de salud en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados por la ley¹¹.

El funcionamiento del sistema es una integración de los diferentes organismos que lo conforman y se da de la siguiente manera; el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud¹² como organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud, diseñó el

¹⁰ Unidad de Pago por Capitación – UPC. Es el valor por cada afiliado que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, reconoce a la respectiva Empresa Promotora de Salud, por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, más las licencias de maternidad pagadas por ellas, al Fondo de Solidaridad y Garantía,

¹¹ Entre los organismos de administración y financiación del sistema también se encuentran las Administradoras del Régimen Subsidiado, la cuales no se trataran en este proyecto en razón a que se estudia la mora en el Régimen Contributivo.

¹² Hoy en día es el Ministerio de Protección Social

Plan Obligatorio de Salud, POS, que permite la protección integral de las familias en aspectos como maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud, prevención, diagnóstico tratamiento y rehabilitación para todas las patologías¹³. Las EPS serán las encargadas de recaudar y administrar las cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía.

En cuanto a los usuarios del sistema, la inscripción a partir del 1 de enero de 1995, será obligatoria para todos los habitantes de Colombia, y cobijara tanto al individuo como a su grupo familiar. Mediante la afiliación se permitirá la atención, información, fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en la ley, ofreciendo el Plan Obligatorio de Salud, el cual otorgará protección integral de las familias, la maternidad y la enfermedad general; de igual manera cubre las fases de prevención, promoción y tratamiento de enfermedades.

La Ley 100 de 1993 clasifica en varios grupos a los participantes, quienes de acuerdo con su situación laboral, sus condiciones económicas y sus circunstancias individuales o personales, pueden afiliarse al régimen contributivo¹⁴ o al régimen subsidiado¹⁵, como beneficiarios de los afiliados de cualquiera de los regímenes o en última instancia ser participantes vinculados¹⁶.

En el Régimen Contributivo, las EPS se disputaran los afiliados con base en competencia comercial, la competencia y calidad dependerán no sólo de la publicidad que esta adelante, sino también de su acierto en la selección de las Instituciones Promotoras de Salud. Además de esto podrá ofrecer planes complementarios al Plan Obligatorio de Salud, que deberán estar financiados por ellas y/o sus afiliados con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias.

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en www.mininterior.gov.co, Artículo 162

¹⁴ El Régimen Contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y sus familias a través de una cotización, individual y familiar o un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

¹⁵ Los beneficiarios del régimen subsidiado son aquellas personas que por incapacidad de pago para cubrir el monto total de su cotización, son subsidiadas con recursos fiscales y de solidaridad mediante los cuales se busca prestar atención en salud a los sectores más pobres y vulnerables de la población.

¹⁶ Los vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contratos con el Estado.

Los usuarios afiliados accederán a alguna de estas entidades, según sus preferencias, podrán acceder a los servicios de salud y de manera inmediata a los servicios de urgencias y cuatro semanas más tarde a los demás servicios. Cada afiliado podrá recibir la atención de la IPS que escoja, entre las que tenga a su disposición la EPS a la que pertenezca. La libre escogencia como fundamento del Subsistema de Seguridad Social en Salud se materializa en el derecho conferido a todos los afiliados de escoger tanto Entidad Promotora de Salud, como Institución Prestadora de salud promovida por la misma Entidad¹⁷.

Los afiliados al Régimen Contributivo pagarán una tasa del 12% del salario base de cotización que es el salario devengado, en el caso de los trabajadores dependientes serán canceladas las dos terceras partes por el empleador y la tercera parte por el trabajador. Este mismo régimen funcionará para los servidores públicos¹⁸. Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo modalidad de salario integral se liquidarán sobre el 70% de dicho salario.

En cuanto a los independientes pagarán la totalidad de la cotización, cuya base de liquidación se ha convertido en un problema pues no se tiene certeza sobre el monto, en razón a que los ingresos de estas personas son altamente variables. Es por ello que el Gobierno para determinar la cotización de estos individuos, establece un sistema de presunción de ingresos, el cual funciona bajo parámetros tales como la educación, la experiencia laboral entre otros con el fin de fijar el valor de la cotización¹⁹.

De igual manera, los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos y cuotas moderadoras, para los afiliados cotizantes, dichos pagos se aplicarán con el objetivo de racionalizar el uso del servicios del sistema y crear un equilibrio financiero que permita el óptimo funcionamiento del sistema, el copago o pago compartido es el aporte en dinero que hace el

¹⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1485 del 13 de Julio 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." En: Diario Oficial, no. 41443 (Julio 15 de 1994) Pág. 4-6. Artículo 14.

¹⁸ Las cotizaciones de los servidores públicos se calcularan con base en lo dispuesto en el Artículo 6o del Decreto 691 de 1994 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen

¹⁹COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 " Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en www.mininterior.gov.co, artículo 204, parágrafo 2o.

usuario al utilizar el servicio, equivalente a una parte de su valor total definido en las tarifas para el sector público y cuya finalidad es contribuir a la financiación del sistema general de seguridad social en salud.

Por su parte las cuotas moderadoras son el aporte en dinero que hace el usuario al utilizar un servicio, en el que su intensidad de uso está relacionada en gran parte con su decisión voluntaria, equivalente a una parte de su valor total definido en las tarifas para el sector público, y cuya finalidad es regular la utilización y estimular el buen uso del servicio, promover en el paciente el seguimiento de la actividades, intervenciones, procedimientos descritos en las guías de atención que lo conduzcan a mantenerse en condiciones saludables, a recuperar efectivamente la salud y a disminuir o minimizar sus consecuencias. El monto de los copagos y las cuotas moderadoras se determinará de acuerdo al estrato socioeconómico al que pertenezca el afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud según la estratificación de las empresas de servicios públicos.

Finalmente, la administración de recursos se lleva a cabo por el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, es una cuenta especial adscrita al Ministerio de Protección Social, sin personería jurídica ni planta de personal propia, que se maneja por encargo fiduciario, en donde se depositan la mayor parte de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud es la entidad que fija los criterios adecuados para la utilización y distribución de los recursos.

El FOSYGA se divide en cuatro subcuentas, estas son:

- **Subcuenta de Compensación.** Se entiende por compensación, en el Régimen Contributivo, el mecanismo por el cual la población con mayores ingresos contribuye a la financiación de los servicios de salud a la población con menores ingresos. Sus recursos provienen de la diferencia positiva entre los ingresos de cotización de los afiliados al Régimen Contributivo y el valor que por todos y cada uno de ellos le reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada EPS por el valor del Plan Obligatorio de Salud y demás beneficios que el sistema otorga. Esta operación, según el Decreto 1896 de 1994, se realizará de la siguiente manera:

La cotización que cada afiliado cancele será distribuida de esta manera, del 12% que cada aportante cotiza a la EPS, se destina el 1% al Fondo de Solidaridad y Garantía, el cual es depositado en la Subcuenta de Solidaridad. Así mismo, el 11% sobrante se divide de la siguiente forma, el 0.3% lo descuenta la EPS por concepto de incapacidades generales que haya cubierto en el periodo cotizado de cual también se descuentan las incapacidades generadas a causa de licencias de maternidad cubiertas por la entidad y el 10.7% restante, deberá ser consignado por la EPS en la Subcuenta de Compensación del FOSYGA.

Los excedentes resultantes de las operaciones anteriores deberán ser girados al Fondo de Solidaridad y Garantía el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones por el Gobierno Nacional. Estos recursos se destinarán a financiar las EPS, cuyos ingresos totales por cotizaciones no sean suficientes para cubrir la totalidad de las Unidades de Pago por Capitación que le reconoce el Sistema por sus afiliados y el valor de las licencias de maternidad que haya pagado el mes anterior.

- **Subcuenta de Promoción de la Salud.** Contiene los recursos que se destinan a actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención de la enfermedad.
- **Subcuenta de Solidaridad para el Régimen Subsidiado.** Esta cuenta contribuirá con las entidades territoriales en la cofinanciación de subsidios a los beneficiarios según las normas del régimen respectivo.
- **Subcuenta de Enfermedades Catastróficas y Accidentes de Tránsito:** Está conformada por los recursos para la atención de urgencias generadas en acciones terroristas, catástrofes naturales y otros eventos determinados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Los recursos con los que se financia el sistema serán destinados al pago de indemnización a que haya lugar de acuerdo con los amparos establecidos en el Artículo 60 del Decreto 1032 de 1991, cuando se originen en accidentes de tránsito que involucre vehículos no identificados o asegurados, también

al pago de los excedentes que resulten de la atención de víctimas de accidentes de tránsito y al pago de gastos que demande la atención de víctimas de accidentes de tránsito.

La administración de los fondos del sistema es llevada a cabo por el FOSYGA, sin embargo la prestación de los servicios tal como se explicó antes es responsabilidad de la EPS, dichos servicios están contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, que es un programa básico de atención para la población, el cual es creado y actualizado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que incluye beneficios y servicios de salud. Este programa establece servicios mínimos y básicos así como reconocimientos económicos que protegen integralmente la salud, dada su atención integral contempla las fases de educación, información y fomento de salud así como prevención, incluyendo además de esto, medicamentos esenciales en su denominación genérica.

El conjunto de beneficios del POS es el siguiente:

- **Atención inicial de Urgencias.** Está definida como²⁰ “todas aquellas acciones realizadas a una persona con patología de urgencia”. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas, independientemente de su capacidad socioeconómica y del régimen al cual se encuentre afiliado²¹.
- **Atención Médica de enfermedad general:** Dirigida a mantener la salud y un estado productivo estable en el individuo, razón por la cual en el periodo laboral se protege desde el inicio la vida productiva del trabajador y de su familia al afiliarse a la EPS. Los servicios que contempla el POS son brindados cuatro semanas después de iniciada la relación laboral y se prestan hasta cuatro semanas mas a partir de la fecha de la desafiliación, o del

²⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 047 del 19 de Enero de 2000. “Por el cual se dictan normas sobre afiliación y otras disposiciones” En: www.minprotección.gov/legislación/decretos/2000.

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 10 del 10 de Enero de 1993 “Por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud y se dictan otras disposiciones”, En: <http://juriscol.banrep.gov.co:1025/home.html> Artículo 2, y COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en www.mininterior.gov.co, Artículo 168

ultimo pago de cotización por afiliación, De igual manera si el usuario ha estado afiliado cinco años al sistema tendrá derecho a un periodo de protección laboral de tres meses a partir de la fecha de desafiliación²².

- **Atención Materno Infantil.** Las mujeres que gozan de los beneficios del POS y que se encuentren en estado de embarazo, cuentan con los servicios que ofrece desde el momento de la concepción hasta después del parto, inclusive las afecciones que se presenten y que estén relacionadas directamente con la lactancia. La atención del parto no esta sujeta a periodos mínimos de cotización, igualmente las complicaciones que se puedan presentar durante el embarazo. A parte de las prestaciones asistenciales, para que la madre pueda gozar de la licencia de la maternidad, es decir aquella que este afiliada al sistema como cotizante se le exige que haya cotizado por un periodo mínimo de 12 semanas antes del parto.
- **Licencia por maternidad.** Este beneficio se ofrecen una serie de prerrogativas que el Código Sustantivo del Trabajo concede también a las madres y a sus hijos²³. Es importante hacer aclaración de cómo se financian estas licencias, ya que sus costos son realmente altos y necesarios en razón a la protección estatal que se le da a la mujer en los casos de maternidad, la cual merece especial cubrimiento de los riesgos que pueda presentar en el embarazo.
- **Incapacidades.** Son una prestación equivalente a dinero que se le otorga al afiliado dependiente en razón de alguna enfermedad común o profesional que le imposibilite para seguir laborando en condiciones normales. Esta deberá estar certificada por un medico

²² COLOMBIA, MINISTERIO DE SALUD, Decreto 806 del 30 de Abril de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional” En: www.minproteccionsocial.gov.co/legislacion/decretos/1998. Artículos 74 a 76.

²³ Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 236, adicionado Ley 755 de 2002. Tales privilegios incluyen

- Descanso remunerado en la época del parto de doce semanas
- Descanso que también se hará remunerado en caso de aborto
- Descanso durante la lactancia
- Prohibición de despedirla, en especial, con causa del estado de gestación
- No realizar algunos trabajos que le están prohibidos por su estado de fragilidad.

autorizado por la EPS. Es el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

- **Atención de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional:** La prestación de los servicios de salud derivados de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales esta a cargo de las EPS, servicios que se financiaran con cargo a la cotización del Régimen de Accidentes de Trabajo.
- **Suministro de Medicamentos.** El POS otorga a sus afiliados medicamentos esenciales en su denominación genérica, definidos por el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, el cual contiene la descripción del medicamento esencial y la presentación farmacológica

El Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Los tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud son están consagrados en el Decreto 5261 de 1994²⁴.

El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo²⁵ para personas que se afilien al Sistema 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. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un

²⁴ COLOMBIA, MINISTERIO DE SALUD, Resolución 5261 del 5 de Agosto de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.” En www.minproteccionsocial.gov.co/resoluciones/1994. Artículo 18

²⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución 5261 del 5 de Agosto de 1994. “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.” En: www.minproteccionsocial.gov.co/resoluciones/1994. Artículo 17: “... Aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.

pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica²⁶. Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en artículo anterior.

El POS no es sólo el plan de servicios también se puede concebir de diferentes maneras dependiendo de la relación entre los sujetos, ya que al ser el Estado el titular de la obligación de prestar el servicio de salud se encuentra en clara dificultad logística para atender a los usuarios de una manera eficiente, por lo tanto encomienda esta labor a entidades privadas especializadas en el tema que suministran el servicio bajo las disposiciones que el estado ordena a través del POS.

De esta forma se encuentra que este plan es, en primer lugar, el objeto de la delegación que hace el Estado a la EPS, que justifica la relación entre Estado, como titular del deber de garantizar el servicio público de salud y la EPS entidad privada encargada de la prestación del servicio de salud. En virtud de esta relación, surge otra entre EPS, como delegataria del Estado y el usuario como sujeto destinatario de la garantía constitucional del servicio de salud, la cual se rige mediante la celebración de un contrato, que es la base fundamental de estas como se explicará a continuación.

La relación entre Estado y EPS ha sido reconocido, por la Corte Constitucional en la Sentencia SU – 480 de 1997, quien se ha referido a esta relación de la siguiente manera²⁷:

Dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Constitución, artículos 48 y 49, y la ley 100 de 1993, permiten la existencia de las Entidades Promotoras de salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace...

Esa delegación, conforme lo señala el artículo, es para prestar el POS que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y

²⁶ COLOMBIA, MINISTERIO DE SALUD, Decreto 806 del 30 de Abril de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional” En: www.minproteccionsocial.gov.co/legislacion/decretos/1998. Artículo 61

²⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 480 de Septiembre 25 de 1997, Expedientes. T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

La relación entre Estado y EPS consiste entonces en una delegación del primero al segundo, que se constituye como una figura especial puesto que trata de prestar un servicio público como lo es el de la salud cuyo límite se encuentra establecido por los servicios, medicamentos y demás prestaciones que contiene el POS.

Tal como ya se anunciaba la otra relación a la que da origen el POS es la que surge entre EPS y afiliado, en principio, la ley ha dicho que se trata de una relación contractual, en la cual el primero como entidad delegada por el estado se obliga a prestar los servicios contemplados en el POS.

El modo más idóneo para regular la relación entre ambos sujetos es un contrato, que desarrolla el principio de libre escogencia²⁸, mediante el cual cada afiliado puede escoger la EPS a la que desee vincularse para la prestación del POS.

Este contrato debe reunir los requisitos de validez que la ley exige para esta clase de actos jurídicos²⁹, es decir: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. En cuanto a la capacidad, hay que decir, que las EPS están legitimadas en razón a que son personas jurídicas autorizadas por el Estado para prestar tal servicio y respecto a los afiliados la capacidad es verificada por la EPS al momento de la afiliación. Referente al consentimiento, al ingresar a una EPS el afiliado lo hace de manera libre y espontánea. Acerca de la causa lícita, puede decirse, que no hay nada más acorde con la ley que la afiliación por parte de los ciudadanos al sistema que el Estado organiza para la protección de la salud del conglomerado social. Finalmente, en cuanto al objeto lícito, habíamos referido anteriormente que el POS era el objeto de este contrato.

²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en www.mininterior.gov.co, Artículo 153 Numeral 49

²⁹ Código Civil Colombiano, Artículo 1502 y siguientes

Como todos los contratos, este reúne ciertas características, entre ellas se tiene que es un contrato bilateral pues ambas partes se obligan recíprocamente, de igual manera es un oneroso ya que ambas partes persiguen una contraprestación con su celebración, es un contrato aleatorio puesto que depende de una contingencia incierta, de que afiliado necesite o no los servicios de la EPS, es un contrato principal en razón a que su existencia y validez no está sujeta a la de otro contrato y por último es un contrato solemne puesto que según la reglamentación correspondiente debe realizarse por escrito³⁰.

Puede decirse que esta es una relación estrictamente contractual a pesar de que el objeto y las obligaciones del contrato están determinadas por el Estado, así lo manifiesta la Superintendencia de Salud donde explica que otra característica de este contrato es la adhesión pues las partes se obligan a cumplir un objeto no determinado por ninguna de ellas sino por un tercero, para este caso el Estado³¹:

Cabe precisar que mediante la afiliación, tanto la Empresa Promotora de Salud, como el usuario, se obligan mutuamente a cumplir ciertas obligaciones que no son discutibles libre y previamente, sino preestablecidas en el POS, definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de conformidad con los criterios señalados en la norma.

Pertinente es recordar que estas afiliaciones el usuario acepta las condiciones propias del Régimen Contributivo, a través del cual se afilia, y a su vez, la Empresa Promotoras de Salud garantiza el cumplimiento del POS, el cual no es discutible entre las partes, pues no debe olvidarse que no son las partes sino el Estado el que regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados.

De esto se concluye, que este contrato podría ser de adhesión, es decir, una parte se sujeta a lo que la otra proponga sin que haya lugar a negociar las condiciones, pero para este caso el objeto del contrato, el POS, no sería negociable por ninguna de las partes pues está establecido por la ley.

³⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1485 del 13 de Julio 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.". En: Diario Oficial, no. 41443 (Julio 15 de 1994) Pág. 4-6, Artículo 17 Numeral E

³¹ COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, concepto NURC 8009-1-102640 del 8 de Enero de 2002. En: www.mininterior.gov.co

La Corte también ha reconocido que la relación EPS – Usuario está determinada por un contrato, pues admite que “como se trata de una relación contractual, la EPS sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales”³².

1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

En su afán de proteger los derechos constitucionalmente consagrados, la Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina mediante la cual, los límites contractuales y legales del POS se exceden para proteger todos los derechos que la carta ha consagrado, en especial la vida y la dignidad humana,³³ que sobrepasa cualquier consideración legal, contractual o económica y en consecuencia la aplicación de estos derechos será prevalente, lo que implica que a pesar de estar consagrado en el capítulo de los derechos sociales y económicos, su aplicación deberá ser inmediata cuando los derechos fundamentales que se protegen mediante la organización del sistema se encuentren en peligro. Por tanto, esta doctrina ha transformado el Subsistema de Salud, creando preceptos que condicionan su funcionamiento en cuanto la prestación de servicios y medicamentos.

Por tanto, la Corte reconoce que hay ocasiones en las que el Derecho a la Salud³⁴ da a los ciudadanos la posibilidad de exigir una prestación subjetiva al Estado³⁵.

³² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 480 de Septiembre 25 de 1997. Expedientes. T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero

³³ COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 7 de Julio de 1991. Constitución Política de Colombia. Artículo 4.

³⁴ El derecho a la salud, por estar consagrado en el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales de la Constitución Política de Colombia de 1991, son considerados como derechos de carácter prestacional, por lo tanto, requieren de una ley que reglamente su ejercicio

³⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 102 de Marzo 24 de 1998. Expediente. 148.650. Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell. “En el evento en que la atención a la salud y la protección de la vida humana se vinculan de tal forma que una y otra protección no pueden escindirse, el derecho fundamental subsume al derecho de prestación, porque lo que importa entonces es la defensa inmediata de la vida, que es un derecho supremo, que conlleva por contera la protección de la salud. No es que el derecho a la salud haya mutado su naturaleza, sino que por las circunstancias extraordinarias dentro de las cuales puede desenvolverse, debe recibir también un tratamiento extraordinario como el que se le otorga al derecho a la vida, es decir como fundamental.”

La Sentencia T-597 de 1993³⁶, al exponer la naturaleza jurídica del Derecho a la Seguridad Social, manifiesta que no se puede insistir en una visión restrictiva de la problemática, limitándose a considerarlo prestacional por su ubicación en la Carta Política, sino debe ampliarse por las consecuencias jurídicas que incorpora el tratamiento de estos derechos a una visión más aguda del asunto, el cual no sólo será un derecho fundamental en el caso extremo donde afecte sólo el derecho a la vida, sino también en aquellas situaciones donde se afecte de manera grave y directa el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social de las personas en condiciones dignas.³⁷

En consecuencia, la Corte ha sostenido que las EPS al asumir como delegatarias del servicio público de la salud, contraen un compromiso con la salud del paciente, lo que genera la atención al mismo en circunstancias extraordinarias, es decir, cuando los derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana se encuentren en grave riesgo, los límites legales establecidos en el POS deben ser sobrepasados para proteger derechos de orden constitucional, superiores a los legales³⁸.

³⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 597 de Diciembre 15 de 1993. Expediente. T – 21469 Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 571 de octubre 26 de 1992, Expediente T – 2635. Magistrado Ponente. Dr. JAIME SANIN GREIFFENSTEIN. “La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.”

³⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 271 de Junio 23 de 1995. Expediente. 62.714. Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. “La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, “una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance”.

Afirmación que encuentra su fundamento en el hecho de que el servicio de la salud es un servicio público, al reconocer la Corte Constitucional³⁹ que este puede ser prestado por particulares, explica que al sistema como tal, también se le aplican los principios generales del servicio público, es decir, la regularidad, la continuidad, la uniformidad, la generalidad y la obligatoriedad de prestar el servicio a cargo de quien esté. Para efectos de este trabajo explicaremos los principios de regularidad y continuidad por ser relevantes para este trabajo de grado.

De forma que el principio de la regularidad se referirá a que el servicio público a la seguridad social, deberá ser prestado o realizado con sumisión o de conformidad con las reglas, normas positivas o condiciones preestablecidas. Y en cuanto al principio de continuidad, la Corte Constitucional señala en esta misma sentencia, que la prestación de dicho servicio público, no podrá ser interrumpido siempre y cuando se den los presupuestos de razonabilidad para que el servicio se preste. Principio relativo, que deberá ajustarse a ciertas características que permitan su efectividad y al mismo tiempo, quien preste el servicio, ya sea el Estado o los particulares, deberán garantizar la continuidad del mismo y en consecuencia su eficiencia. Por la importancia del tema y las consecuencias jurídicas que se le atribuyen al tema de la seguridad social como un servicio público esencial, reitera la Corte Constitucional el carácter especial y esencial de este servicio público en relación con su continuidad, argumento que fue decisivo para desatar la tutela favorablemente⁴⁰.

³⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 059 de Febrero 20 de 1997. Expediente. T – 109.319 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁰ *Ibíd.*, El servicio público responde por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones ...La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna y se da cumplimiento a la función administrativa consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política. Pero la continuidad no siempre debe entenderse en sentido absoluto; puede ser relativa. Es una continuidad que depende de la índole de la necesidad a que se refiere el servicio: por eso es que en unos casos será absoluta y en otros relativa. Los servicios de carácter permanente o constante requieren una continuidad absoluta; es lo que ocurre por ejemplo con la asistencia médica, los servicios de agua, energía etc.; o la relativa como el servicio de bomberos. Lo cierto es que en ambos casos -absoluta o relativa-, existirá la pertinente continuidad requerida por el servicio público, pues él depende de la índole de la necesidad a satisfacer. Siempre que exista la necesidad o tan pronto esta aparezca, el servicio público sea prestado de inmediata.

Ahora bien, teniendo en cuenta la doctrina anteriormente expuesta la Corte también ha determinado los presupuestos que el afiliado debe reunir⁴¹.

Una de las hipótesis en que los derechos a la seguridad social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del afiliado a una entidad de seguridad social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la seguridad social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte: Primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.

La obligación de cubrir servicios adicionales del POS por parte de la EPS queda explicada por la Corte Constitucional en la Sentencia T – 220 de 2003⁴² :

A pesar de esto, la Corte Constitucional ha sostenido que cuando el derecho fundamental a la vida esté amenazado, se podrá ordenar el suministro de medicamentos que están excluidos del POS, inaplicando así la normatividad existente. En efecto, en sentencia T-488 de 2001, se indicó que: " la Corte ha protegido el derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna, ordenando la práctica o suministro de tratamientos, medicamentos o elementos excluidos del POS, en razón a que prima la norma superior que protege el mencionado derecho fundamental.

Posteriormente, la Corte ha manifestado Para que proceda dicha protección debe tenerse en cuenta el cumplimiento de los siguientes presupuestos, al analizar el caso sobre suministros de medicamentos excluidos del POS⁴³:

1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 819 de Octubre 20 de 1999. Expediente. T- 217.495 Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 220 de 13 de Marzo de 2003, Expediente. T- 680.

⁴⁴ Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴³ Ibid.

2. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado o no Subsidiado que, pudiendo sustituirse, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger la vida del paciente.
3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.
4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico de la entidad prestadora de Servicios de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

De igual manera en muchas ocasiones la Corte ha preferido pasar por alto la relación contractual, que existe entre afiliado y EPS, para garantizar el Derecho a la Salud en conexidad con la vida., inclusive para casos en los que se deba tener como requisito la existencia de periodos mínimos de cotización para acceder al servicio y el usuario no reúne el tiempo necesitado y tampoco puede cancelar el porcentaje correspondiente para poder el servicio⁴⁴

La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, y en la conservación del valor de la vida, se pueda tolerar ante el apremio de un individuo de recibir tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, en casos de **urgencia o gravedad comprobadas**, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio como el que reclamaba el actor. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto, en estos casos, los afiliados que no cumplan con los períodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinosa, sin tener los recursos necesarios para sufragar el porcentaje que les correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlos. (negrillas dentro del texto)

⁴⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 370 de Julio 17 de 1998. Expediente. T – 172304 Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

En la Sentencia T – 218 de 2004⁴⁵, la Corte hace una interesante explicación de esta facultad, aclarando que la exclusión de los servicios es inconstitucional puesto que la carta ordena que los recursos han de utilizarse de manera eficaz y eficiente y por lo tanto, los medicamentos y tratamientos deben estar dirigidos a que realmente se sane la dolencia del paciente.

Teniendo en cuenta esto, la Corte insta a que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, realice un estudio para evaluar la posibilidad de incluir el examen que requiere el paciente en el POS y de ello dependerá las facultades de recobro de la EPS.⁴⁶ En sus últimos pronunciamientos, la Corte Constitucional estableció que la facultad de recobro debe ir con cargo a la Subcuenta de Solidaridad, pues uno de los principios sobre los cuales se basa el sistema es precisamente este, pues aunque la EPS al tener responsabilidad en la continuidad del servicio, no está obligada a cargas que excedan su responsabilidad y en consecuencia debe efectuar la acción de recobro⁴⁷:

Cuando la EPS repita contra el FOSYGA, es el sistema de solidaridad, de la cuenta correspondiente, el que habrá de responder por todos los costos y de manera oportuna aplicando las reglas sobre el derecho de petición y haciendo el giro efectivo dentro de un plazo razonable necesario para hacer las verificaciones del caso.

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 218 de 8 de Marzo de 2004. Expediente. T-754.722 Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet. “Prima facie, tal exclusión resulta lesiva del derecho fundamental a la salud, pues no incorpora un elemento que asegura la calidad del servicio de salud y no promueve debidamente el desarrollo del menor. No se explica la Corte cómo puede excluirse del POS un examen que es requerido para garantizar la correcta evolución de un tratamiento médico. Tal exclusión, por otra parte, desconoce los parámetros constitucionales en materia de salud y seguridad social, pues la Carta manda que los recursos destinados a atender estos servicios, han de utilizarse de manera eficaz y eficiente.”

⁴⁶ *Ibíd.*, Sea como fuere, se ordenará al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que, con el apoyo de la secretaría técnica del organismo, proceda a analizar si el examen ordenado a la menor demandante es requerido para lograr un debido diagnóstico y tratamiento de la pubertad precoz. En caso afirmativo, deberá adoptar las medidas necesarias para que sea incluido en el Manual de Procedimientos e Intervenciones del POS o en el Manual de Medicamentos del POS. Dicha evaluación y decisión definitiva no podrá superar el término de 6 meses a partir de la notificación de la presente sentencia

... Empero, la posibilidad de que EPS. FAMISANAR pueda repetir contra el FOSYGA se sujeta a que en la evaluación que se ordena en el fundamento 15 de esta sentencia no se llegue a la conclusión de que se trata de un examen requerido para la efectividad del tratamiento y, por lo mismo, no se incluya en el POS (sea como tratamiento o intervención o en el componente de medicamentos).

En caso de que, luego de la evaluación, no se incluya en el POS, se mantendrá la autorización de repetir contra el FOSYGA a efectos de garantizar la continuidad del tratamiento, salvo que se desprenda la existencia de medios más idóneos e incluidos en el POS para asegurar la evaluación constante del tratamiento brindado a la menor.”

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 800 de diciembre 16 de 2003. Expediente. D – 4445. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Al plantear la facultad de recobro, la Corte olvida analizar la naturaleza de los dineros que el FOSYGA recibe, los cuales tienen carácter parafiscal y por tanto tienen una destinación específica en cada una de las diferentes subcuentas, por ejemplo, los aportes de la subcuenta de compensación están reservados para completar el valor de la UPC⁴⁸ que el sistema reconoce por cada uno de los afiliados a las Entidades Promotoras de Salud y a las demás entidades obligadas a compensar, cuando los recaudos por cotizaciones sean insuficientes⁴⁹. En cuanto al régimen subsidiado ya se ha dicho que los dineros destinados a la subcuenta de solidaridad⁵⁰, se utilizan para subsidiar este régimen que además recibe otra clase de ingresos. De esta manera el FOSYGA se ve imposibilitado para cancelar las sumas que la Corte ordena recobrar, pues teniendo cada una de las subcuentas una destinación específica cualquier manejo de los dineros diferente al estipulado en la ley se constituye como un objeto ilícito y por lo tanto dichos actos serían nulos al contravenir la ley.

De esta forma la Corte Constitucional ha ampliado el tema de la naturaleza del POS de una manera interesante, se intentará explicar a continuación en términos generales, la naturaleza de este plan, después de haber observado los matices legales y jurisprudenciales.

En primer lugar, hay que decir que el POS como un plan diseñado para proteger la salud de los afiliados al sistema, funciona en torno al Derecho a la Vida, pues de acuerdo a la doctrina Constitucional, se amplía en aras de proteger la dignidad e integridad humana, por lo tanto, las normas de carácter legal se ven subordinadas por la primacía de este derecho convirtiéndolo en un derecho preferente.

En tal sentido, se han resuelto la mayoría de las controversias con respecto al derecho a la salud, otros servicios y medicamentos no POS. Aunque en varios fallos la Corte ha explicado el funcionamiento del sistema general de seguridad social en salud parece ignorar que los recursos del sistema son escasos y que el POS está diseñado como un plan de atención básica que busca

⁴⁸ Ver definición de UPC en pie de página número 10

⁴⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1013 del 4 de Junio de 1998 "Por el cual se reglamenta el financiamiento de la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y se deroga parcialmente el Decreto 1283 de 1996". En. Revista del Banco de la República No. 848 – Junio de 1998. Pág. 71, Artículo 3

⁵⁰ El 1% de la Cotización que cada afiliado cancela.

cumplir los principios de universalidad e integralidad, por lo tanto, si obliga a los sujetos responsables del servicio a prestaciones que no están pactadas inicialmente, se violaría el principio de equidad, no como lo entiende la Ley 100 de 1993, que lo aplica al calidad de los servicios que los usuarios reciben sino como un principio general del Derecho esto es como “realización suprema de la justicia”⁵¹, al cambiar las condiciones en las que deben operar las EPS, la Corte le exige a la EPS, más de lo que está obligada a dar.

La Corte consagra que la EPS debe cobrar al FOSYGA por las prestaciones fuera del POS que realice, y admite que los casos en los usuario no tiene como subsidiar los tratamientos o los medicamentos de los cuales depende su vida, dicho recobro irá con cargo a la subcuenta de solidaridad, pues este es precisamente uno de los pilares del sistema. Respecto de los demás casos, la Corte no se ha pronunciado de tal manera que temporalmente el único caso que hay solucionado es este.

Se ha visto como la Corte ha instado a los Organismos de Dirección del Sistema (Ministerio de Protección Social y Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud) a introducir varios servicios no incluidos en el POS⁵², pues se considera que el Derecho a la Salud envuelve el derecho a un diagnóstico certero lo que implica la inclusión de los requerimientos necesarios para que la prestación del servicio de manera eficiente

En consecuencia el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del Ministerio de Protección Social en ejercicio de las funciones conferidas por la ley 100 de 1993⁵³, expidió el acuerdo 282 de 2005⁵⁴, en el cual se adicionan nuevos procedimientos y medicamentos al los Regímenes Contributivo y Subsidiado. Avalados estas inclusiones por el análisis desarrollado por el

⁵¹ GUILLEN, Raymond y otro, Diccionario Jurídico. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 218 de 8 de Marzo de 2004. Expediente. T-754.722 Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁵³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en www.mininterior.gov.co Artículo 172

⁵⁴ COLOMBIA, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, Acuerdo 282 del 7 de Enero de 2005 “Por el cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para el año 2005 y se dictan otras disposiciones” En Diario Oficial No. 45784

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De igual manera este acuerdo, teniendo en cuenta el comportamiento de las Subcuentas del FOSYGA, disminuye el valor reconocido del Ingreso Base de Cotización a la Subcuenta de Promoción (Ahora será de 0.30%), sin que se afecte el valor reconocido por la Subcuenta a las EPS.

Entre ellos se incluye el trasplante hepático para el Régimen Contributivo y varios medicamentos que sirven para tratar enfermedades comunes entre los cuales resalta el surfactante pulmonar que se ha convertido en un medicamento esencial en las enfermedades pulmonares en neonatos, también incluyó procedimientos para el reconocimiento de carga viral para VIH, el costo del dispositivo stent no recubierto y su inserción, así como el tratamiento para tratar cáncer de colon y varios medicamentos que completan la atención a los beneficiarios del régimen.

Las consideraciones que llevan al Ministerio de Protección Social adicionar procedimientos y servicios en el POS son los estudios de costo-efectividad, es decir, que la aplicación de tratamiento no resulta demasiado costosa y adicionalmente son tratamientos o medicamentos que el paciente requiere para mejorar su salud. un ejemplo de ello es el trasplante hepático que fue incluido en el POS al considerar que no sólo es un procedimiento de alto costo que impacta directamente en los recobros del FOSYGA, sino que ha sido reconocido como un tratamiento que genera efectos positivos en la calidad de vida de los pacientes.

2 LA MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

2.1 ASPECTOS GENERALES

La mora puede definirse como el retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de la voluntad del acreedor⁵⁵; lo que implica que el simple retardo no es suficiente para poder hablar de mora, según Alessandri es necesario que con este retardo se cause un perjuicio al acreedor, es decir, que el mismo manifieste la existencia de un daño cuya causa es el incumplimiento de la obligación⁵⁶.

Los elementos esenciales de la mora son⁵⁷:

- El Retardo: Toda mora implica que el deudor se atrase en el cumplimiento de la obligación o que difiera el cumplimiento más allá de la época determinada para la obligación.
- La Culpa: Es decir que el retardo provenga de un hecho culpable imputable al deudor. Es un elemento que proviene del Artículo 1616 del Código Civil, según el cual, el incumplimiento en razón a la fuerza mayor y el caso fortuito no da lugar a la mora. Por lo que es necesario, la culpa del deudor, al retrasar la obligación para que en esta se configure la mora.

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, Teoría de las Obligaciones, Imprenta "El esfuerzo" Santiago de Chile. Página 100

⁵⁶ *Ibíd.* "Mientras hay retardo, mientras hay incumplimiento de las obligaciones más allá de la época fijada por la ley, no hay mora, por que hasta ese momento el acreedor no ha hecho saber al deudor, no le ha significado el perjuicio que el retardo le está originando..."

Pero en el momento que el acreedor se queje y le haga saber a su deudor que el retardo le está perjudicando en ese mismo momento en que el acreedor reclama, deja de haber retardo y este pasa a convertirse en mora, porque desde ese instante, el deudor sabe que el hecho suyo, que el incumplimiento de su parte, está causando un daño en el patrimonio del acreedor."

⁵⁷ *Ibíd.* Páginas 102 a 110

- La Reconvención: Es el acto formal, mediante el cual el acreedor le indica al deudor que ya debió haber cumplido con su deuda, y le manifiesta que el incumplimiento le está generando un perjuicio. Es considerado el más importante de los elementos constitutivos de la mora, por que si el acreedor no se manifiesta al deudor que se encuentra retardado, pues el silencio tácito autoriza al deudor para que persevere en su retraso.

De igual manera, el Código Civil enuncia que la mora puede ser producida por parte del deudor en los siguientes casos⁵⁸:

- 1- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
- 2-Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.
- 3-En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor

Para que el deudor sea constituido en mora, en los contratos que no se haya estipulado el plazo o que la ley no lo haya designado, se necesita como regla general, el requerimiento judicial o reconvención a petición del acreedor, entonces se necesita que el acreedor exija al deudor el cumplimiento a través de una demanda en la que se solicite el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, más la indemnización de perjuicios. Una vez fijado el término dentro del cual el deudor deberá cumplir su obligación, podría decirse que de no hacerse, el acreedor se está allanando a la mora y por lo tanto pierde todos los beneficios que implica la constitución en mora del deudor.⁵⁹

⁵⁸ Ibíd. Artículo 1608

⁵⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, Teoría de las Obligaciones, Imprenta "El esfuerzo" Santiago de Chile. Página 100 "Una simple carta o un requerimiento verbal no es simple causa para constituir en mora al deudor, pues no se le estaría dando el alcance real a la norma al no acudir al Juez tal como lo manda la ley."

Existen dos tipos de mora: absoluta si el deudor de ningún modo realiza su obligación o relativa que se presenta cuando simplemente se retarda en el cumplimiento de dicha prestación a favor del otro contratante. En otras palabras el deudor, deberá responderle al acreedor de los perjuicios que este sufra con ocasión del retardo, perjuicios que dependerán de la naturaleza parcial, temporal, total o definitiva de la mora.

Los efectos de la mora surgen tanto para acreedor como deudor⁶⁰, para cada uno son diferentes. Para el acreedor en contra del deudor en primer lugar le da el derecho de exigir indemnización de perjuicios, en segundo lugar pone a cargo del deudor los riesgos del cuerpo cierto. En cuanto a los efectos del deudor contra el acreedor, exonera al deudor del cuidado ordinario de la cosa eximiéndolo de la responsabilidad de los daños o deterioros que sobrevenga a la cosa, en segundo lugar libra de responsabilidad por el deterioro de la cosa a menos que se trate de culpa grave o dolo y le da derecho a exigir del acreedor, la indemnización del perjuicio por no permitir el cumplimiento oportuno de la obligación. En este trabajo de grado se estudia la mora que proviene del deudor, es decir del afiliado cotizante, en consecuencia se explicaran de manera detallada los efectos de la mora en el deudor.

La idea que prevalece en el tipo de eventos en que, tanto acreedor como deudor se encuentran en incumplimiento, es la que se predica de en un contrato bilateral donde nacen obligaciones para ambas partes, estas sirven de mutua garantía para el cumplimiento del contrato. De acá surge la institución jurídica que resuelve la mora simultánea, llamada "Excepción de contrato no cumplido".

Cuando los contratantes deben ejecutar a un mismo tiempo prestación a favor del otro, en virtud del nacimiento de un contrato bilateral, cada uno podrá aplazar el cumplimiento de su obligación hasta

⁶⁰ Ibíd. "En mora puede incurrir tanto el deudor como el acreedor: el deudor, al no cumplir su obligación, al no cumplir oportunamente la prestación debida; el acreedor, al no recibir en el tiempo oportuno la cosa que el deudor debe entregar"

que el otro no ejecute la suya, a no ser de que alguno de los dos este obligado a realizar la prestación en forma anticipada.

Se puede aplicar la excepción de contrato no cumplido, cuando la otra parte del contrato no ha cumplido con las obligaciones estipuladas o cuando las ha cumplido pero de forma defectuosa o incompleta. Es fundamental tener en cuenta el principio de la proporcionalidad, pues cuando la parte que falta por cumplir es tan pequeña que no afecta realmente el cumplimiento total de las obligaciones surgidas en el contrato ni alcanza a causar perjuicios a la otra parte, el ejercicio de la excepción sería contraria a la buena fe.

La excepción de contrato no cumplido se infiere no solo en los contratos sinalagmáticos o en los contratos en que se deba cumplir la prestación de forma simultanea por ambos contratantes "en relación de intercambio", también es admitida en contratos de tracto sucesivo, como el que celebran las EPS con los usuarios, al ejecutarse se hablara de la existencia de un solo contrato del cual han surgido las obligaciones, de lo contrario no se aplicaría la excepción de contrato no cumplido. Al dársele efectos a la excepción de contrato no cumplido, no se le esta permitiendo a ninguna de las dos partes que se sustraigan del cumplimiento de la obligación, sino solamente se le permite a cualquiera que se allane a esta figura exigir el cumplimiento de la prestación a favor suyo para que él ejecute la debida obligación.

Una de las obligaciones en el contrato para la prestación del POS entre EPS y usuario, es por parte del último, el pago de una cotización cuando esta obligación es incumplida, la entidad ve mermados sus recursos financieros con los que debe atender a todos los usuarios por los servicios que estos requieran en virtud del POS y a aquellos, que no reuniendo las condiciones legales, deben prestar cuando su derecho a la vida se encuentre en peligro tal como lo ha dicho la Corte Constitucional. Es por ello, que la mora en el pago causa grandes complicaciones en el funcionamiento del servicio.

La Ley 100 de 1993⁶¹ en el artículo 209, pareciera respetar el principio contractual de la excepción de contrato no cumplido, al establecer que la mora patronal da lugar a la suspensión del servicio por parte de la EPS, pues entiende que el cumplimiento por parte de los afiliados es vital para el funcionamiento del sistema, en razón que, mediante los dineros recogidos, se financia la operación de los servicios ofrecidos por las EPS.⁶²

La suspensión del servicio de salud procede después de un mes de no pago de la cotización del afiliado, empleador o administradora de pensiones. Cuando la suspensión sea por causa del empleador o de la administradora de pensiones, estos deberán garantizar la prestación de servicios de salud a los trabajadores o pensionados que así lo requieran, sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y las sanciones pertinentes⁶³. En estos casos, el empleador, la administradora de pensiones o el afiliado deberán, para efectos de levantar la suspensión, pagar por todos los periodos atrasados a la entidad promotora de salud, quien brindará atención inmediata.

Otra de las sanciones de la mora es la desafiliación que tendrá lugar transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago al Subsistema de Seguridad Social en Salud de las cotizaciones o del no pago de la UPC⁶⁴ adicional, en este caso el afiliado perderá el derecho a la antigüedad⁶⁵. Las consecuencias del no pago de los aportes, son muy serias para el afiliado, por que ocasiona la pérdida de antigüedad en el sistema sino que afecta el cubrimiento de

⁶¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en www.mininterior.gov.co, Artículo 209. Suspensión de la afiliación. El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el periodo de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase."

⁶² La mora, como ya se ha explicado anteriormente, conlleva la aplicación de la excepción de contrato no cumplido. De esta manera, las EPS podrían suspender la prestación del servicio de salud a los afiliados que se encuentren en mora, ya sea por que el empleador no ha pagado para el caso de los dependientes o porque los mismos, si son independientes, han dejado de pagar las cotizaciones. Pero hay casos en los que la EPS debe continuar prestando el servicio, con la facultad de cobrar por esto último al FOSYGA

⁶³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en www.mininterior.gov.co, Artículo 210 y Artículo 271.

⁶⁴ Ver definición de UPC en pie de página número 10

⁶⁵ *Ibid.* Artículo 8

ciertas prestaciones que requieren periodos de carencia así como el acceso a los servicios consagrados en el POS.

El Decreto 047 de 2000⁶⁶, explicó de manera mas concreta las consecuencias de la mora en los aportes estableciendo que la EPS podrá mantener, como política propia, la calidad de afiliado hasta por seis (6) meses de no pago de la cotización del trabajador independiente o persona con capacidad de pago, preservando el cotizante los derechos de antigüedad frente al sistema. Para este efecto, la EPS a partir de la mora, suspenderá el servicio y comunicará al afiliado este hecho así como la fecha desde la cual se hará efectiva la desafiliación.

La ley 789 de 2002⁶⁷, parece percatarse de que la mora en el sistema de seguridad social es una práctica común por parte de los empleadores, al consagrar que si hay mora por parte del empleador que ha descontado los aportes de los empleados cotizantes, a pesar de esta, los trabajadores no podrán ser desafiados y la atención se prestará hasta seis meses después de verificada la mora, mientras tanto las EPS tienen las facultades de cobro otorgadas por la Ley 100 de 1993⁶⁸.

Para la prestación del POS, la ley 100 de 1993, ha desarrollado ciertos requisitos, el primero de ellos es que el usuario tenga la calidad de afiliado o beneficiario, la segunda dependiendo del servicio requerido, el usuario también deberá tener los periodos mínimos de carencia para acceder a tal servicio y finalmente que el usuario se encuentre al día en los pagos.

Esta última circunstancia es aquella donde puede generarse la mora, sobre la cual se presentan tres situaciones, la primera es que el afiliado sea independiente o pensionado y no haya realizado el pago de la cotización, para lo cual se aplica el artículo 209 de la ley 100 de 1993, en el sentido de que la

⁶⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 047 del 19 de Enero de 2000. "Por el cual se dictan normas sobre afiliación y otras disposiciones" En: www.minprotección.gov/legislación/decretos/2000, Artículo 8

⁶⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 789 del 27 de Diciembre de 2002 "Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo", En: www.mininterior.gov.co. Artículo 43

mora causara la suspensión del servicio y la pérdida de la antigüedad. En cuanto a la segunda puede que sea un trabajador se haya quedado desempleado y su situación sea tan precaria que deba trasladarse al régimen subsidiado que es administrado por el FOSYGA. Finalmente, puede darse que la persona que se encuentre en mora por que el empleador no ha pagado los aportes al sistema. Frente a lo cual se tienen dos alternativas, que el empleador haya descontado o no las correspondientes cotizaciones, en ambas posibilidades la consecuencia es la misma, se traslada la obligación de prestar el servicio de salud al empleador.

En principio, la mora se sanciona en la ley con la suspensión del servicio⁶⁹, pero ley 789 de 2002 en el Artículo 43 y la Corte Constitucional han protegido a los trabajadores, impidiendo que se desafilie a los trabajadores dependientes por la mora de los empleadores. Postura que ha sido avalada por la Corte Constitucional que a su vez ha expuesto dos tesis: En la primera de ellas el empleador asume los servicios puesto que la mora fue su culpa, el empleador no puede garantizar el derecho a la salud, por lo que la EPS deberá seguir prestando los servicios⁷⁰.

2.2 REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Adicional al la regulación legal de la mora, la jurisprudencia ha sido un factor relevante para el desarrollo de la misma. Han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de la mora en la seguridad social, para resumir el análisis que esta corporación ha dado al tema, resulta pertinente estudiar varias de las sentencias que se han emitido, se estudiará la manera como

⁶⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en www.mininterior.gov.co, Artículo 210 y Artículo 271.

⁶⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en www.mininterior.gov.co, Artículo 209.

⁷⁰ Sin embargo, la EPS no tiene por qué asumir prestaciones adicionales a las inicialmente pactadas con el Estado, pero dado su compromiso con la salud del paciente debe continuar prestando el servicio. Con la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de las mora patronal.

algunas marcan tanto los antecedentes de los pronunciamientos más relevantes así como otras que confirman el pensamiento de la Corte en lo que a la mora se refiere.

Tal como se vio al analizar la naturaleza del, las razones excepcionales para prestar el servicio cuando el usuario no tiene derecho, se basan en la conexidad del derecho a la salud con la vida. No obstante, la sentencia T 171 de 1997 continua con el pensamiento de la Corte, el cual al proteger principalmente el acceso al servicio por la fundamentalidad del derecho, y extiende dicha protección al trabajador al conceder el amparo pese a que el demandante no presentaba ninguna situación que mereciera la protección constitucional de la vida, en este caso la accionante es empleada de una empresa que se encuentra en proceso de concordato, la cual a pesar de descontar los aportes en salud a los empleados no los giró a la respectiva EPS. La Corte en sus consideraciones, a pesar de sostener que la seguridad social es un derecho tutelable únicamente cuando está en conexidad con la vida concede el amparo obligando a la empresa a cancelar las cotizaciones atrasadas, ya que para esta entidad la situación concordataria no es excusa para el no pago.⁷¹

En este mismo sentido ha venido pronunciándose la Corte, uno de los fallos en que ha concedido el derecho al usuario a pesar de la probada mora del afiliado cuando esta es imputable al empleador, se da en la sentencia T- 059 de 1997, en la que no sólo argumenta que el trabajador no puede dejar que su derecho a la vida sea vulnerado como consecuencia de la negligencia del empleador por no

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 171 de Abril 2 de 1997. Expediente. T -113.858. Magistrado Ponente. Dr. Jorge Arango Mejía “La Sala Tercera de Revisión de la Corte, en sentencia del 14 de marzo de 1997, se pronunció sobre 31 tutelas acumuladas, correspondientes a empleados de la misma empresa, Indugraco S.A., que se encontraban en iguales condiciones que la demandante. En esta tutela, se dijo lo siguiente : "El derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, en su condición de derechos sociales, no pueden ser objeto de la acción de tutela, salvo que se compruebe, en el caso concreto, una íntima relación con el derecho a la vida, lo que en este caso no se ha acreditado. No obstante, se observa que la conducta de la empresa, que indebidamente ha retenido y no ha transferido al Instituto de los Seguros Sociales los fondos por concepto de afiliación, independientemente de que pueda ser impugnada ante los jueces laborales y penales, puede amenazar la vida de los trabajadores que, ante situaciones de peligro a la misma, no puedan contar con el servicio médico que los ampare. "Dado que la situación concordataria no es razón para que la empresa suspenda el pago de las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales, se ordenará a la misma que, en un término de sesenta (60) días, afecte y transfiera a dicho instituto los fondos necesarios para que reanuden las prestaciones a cargo de éste último. Igualmente, se ordenará al Superintendente de Sociedades, vigilar el cumplimiento de la orden anterior y procurar que en el marco del concordato en curso, se dé estricto cumplimiento a todas las obligaciones que según el régimen de seguridad social, ha contraído hasta la fecha Indugraco S.A., lo mismo que las que en el futuro se causen." (sentencia T-124/97, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)”

pagar sino que responsabiliza a la EPS al no informar sobre la mora en la que incurría el empleador⁷², además de tratar el tema del allanamiento de la mora, frente al cual la Corte considera que si la EPS se allana a cumplir la prestación del servicio, pese a que no ha recibido el aporte, es obvio que no puede suspender el servicio que venía prestando, en primer lugar, porque hay un término de seis meses que la ley señala para no perder la antigüedad acumulada y en segundo lugar, porque el recibo extemporáneo de las cuotas allanó aún más el incumplimiento⁷³.

Ahora bien, la Corte ha hecho en la mayoría de sus sentencias un especial énfasis en las relaciones que surgen entre empleador, trabajador y EPS, manifestando de manera reiterada que dichas relaciones son de distinta categoría. Explicando dicha relación la Corte reconoce que en cuanto al pago de los aportes surgen dos clases de relaciones: una directa respecto de independientes y pensionados y otra indirecta en cuanto a los trabajadores dependientes, pues al ser una de las obligaciones del empleador descontar los aportes y girarlos a la EPS, se entiende que los trabajadores asalariados realizan el pago al momento en que se realiza tal descuento, por lo tanto, son los empleadores los responsables del giro a las EPS⁷⁴.

Teniendo en cuenta que las EPS son responsables del recaudo de los aportes, existe lo que la Corte llama “una relación triangular” entre trabajador, afiliado y EPS, que hace que en el sistema de salud existan una serie de relaciones interconectadas, en donde deben tenerse en cuenta tanto los derechos del trabajador como las relaciones entre el empleador y las entidades del sistema de

⁷² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 059 de Febrero 10 de 1997. Expediente. T – 109. 319 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero. “Era obligación del empleador pagar puntualmente las cuotas adicionales correspondientes y no le corresponde al accionante soportar la carga del no pago oportuno por parte del patrón en desmedro de su derecho a la vida y a la salud y por ende a la dignidad. De igual manera la entidad prestataria de salud, no informó al usuario del servicio, el no pago de las cuotas que correspondía hacer al patrón, colocándolo en estado de indefensión. La entidad promotora de salud debió haber informado de las cuotas no pagadas, pudiendo haber evitado que el usuario entrara en mora, y quedara sujeto a la sanción legal establecida: La pérdida de la antigüedad.”

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 177 de Mayo 4 de 1998. Expediente. D –1825. Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Demanda de Inconstitucionalidad contra el Artículo 209 de la ley 100 de 1993. La Corte Constitucional, declara condicionalmente exequible este artículo en los casos que se aplique a los afiliados al sistema contributivo no vinculados a través de relación de trabajo.

seguridad social, lo que podría generar cierta confusión en las consecuencias de estas relaciones jurídicas, las cuales han sido explicadas por la Corte Constitucional.⁷⁵

Las relaciones jurídicas entre EPS y empleador son separables, así como las que surgen entre trabajador y EPS, por lo tanto es injusto que se aplique el Artículo 209 de la ley 100 de 1993, cuando la culpa es del empleador. La explicación a este planteamiento es justificada por la Corte en el hecho de que a pesar de que en principio la norma busca "hacer efectivo el derecho a la seguridad social" así como proteger los recursos parafiscales de la seguridad social estimulando a los empleadores a cumplir en el pago de los aportes al sistema, resulta desproporcionada ya que obstaculiza el acceso a diferentes servicios de salud debido a que la desafiliación genera la pérdida de la antigüedad y con esto el incumplimiento en los periodos de carencia para acceder a tratamientos de alto costo.

La suspensión de los servicios a la que da origen la mora, es una sanción proporcional, ya que en el sentir de la Corte esto no limita el acceso a la seguridad social sino desplaza la responsabilidad al empleador incumplido. No obstante, para los casos en los que se vea comprometido el cumplimiento de un derecho fundamental, en aquellas situaciones en las que se compruebe que el patrono no puede responder por prestaciones de salud así no esté en peligro un derecho fundamental también

⁷⁵ *Ibíd.* "Ahora bien, pese a que en ocasiones se confunden, las consecuencias jurídicas de estas relaciones, lo cierto es que ellas no son las mismas, como quiera que cuando un trabajador decide afiliarse a una entidad determinada, inmediatamente vincula a su empleador, quien será el medio para conseguir la protección de sus derechos constitucionales. Por consiguiente, si se eluden los deberes que se derivan de cada una de las relaciones, las consecuencias jurídicas serán diferentes. En efecto, al estudiar con detenimiento el momento de la afiliación y de la cotización al sistema de salud, se evidencia que las consecuencias del incumplimiento de las dos relaciones encuentran claras coincidencias y diferencias legales. Así, la negativa a la afiliación, como es obvio, no vincula jurídicamente a la entidad administradora de seguridad social, y el empleador se obliga a asumir directamente el pago de los servicios médicos (artículo 161 de la Ley 100 de 1993). En consecuencia, si no hay afiliación, la entidad promotora de salud no debe prestar los servicios al trabajador, como quiera que "la existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono". No obstante, la inobservancia de la obligación de cotizar a la seguridad social genera sanciones moratorias, administrativas y disciplinarias en caso de que el incumplimiento del deber se ocasione por culpa de un servidor público. Igualmente, si el patrono no transfiere a las EPS las sumas retenidas, no solamente se encuentra sujeto a las sanciones administrativas y económicas previstas por la Ley 100 de 1993 sino que además su conducta podría ser penalmente sancionada, pues estaría desviando recursos que no son suyos, ya que tales dineros, tal y como esta Corte lo ha precisado, son contribuciones parafiscales afectadas a propósitos específicos. De la misma manera, la posición jurídica de la entidad que administra la seguridad social frente al incumplimiento de la afiliación y de la cotización no es la misma, como quiera que mientras la omisión de afiliación no le genera potestades ni deberes, la negligencia en el pago de la cotización sí, puesto que puede exigir judicialmente su cumplimiento."

ordenará a la EPS la prestación del servicio el juez puede ordenar que la EPS preste el servicio de salud con el fin de evitar un daño irreparable⁷⁶.

La Corte ha venido desarrollando dos posturas acerca de la mora en los aportes. Hay sentencias en las que se admite que el servicio de salud es un servicio público que debe gozar de una continuidad además de ser un derecho irrenunciable y por lo tanto, la EPS debe seguir prestando el servicio y ejercer las facultades de cobro que la ley le asigne. Mientras que en otros pronunciamientos de esta corporación, consideran que cuando por descuido o negligencia del empleador, este no paga al sistema los correspondientes aportes, son ellos quienes deben asumir la carga de la prestación en salud⁷⁷

De esta manera, la Corte determina que la mora no puede ser considerada una causal que afecte el servicio por parte de la EPS, si bien el empleador debe pagar cumplidamente la entidad no queda totalmente exonerada por esta conducta puesto que ella es responsable de los aportes y la ley le confiere mecanismos para que realice el cobro y en consecuencia la responsabilidad entre patrono y

⁷⁶ Ibíd. “En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, 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.

Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho”

⁷⁷ Ibíd. “... lo cierto es que sobre el tema de quien es el llamado a prestar el servicio de salud cuando se presenta la mora patronal, la Corte Constitucional ha esbozado dos tesis en sus decisiones de tutela. La primera puede analizarse en las sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-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, en donde se dispone que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. Por el contrario, la segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador aquel 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)”

EPS es compartida⁷⁸. Para el caso de los trabajadores independientes y pensionados, la Corte considera que es razonable el mandato del Artículo 209 y considera entonces legítimo que los servicios sean suspendidos y se pierda la afiliación.

La Corte también considera que la EPS tiene cierta responsabilidad sobre los aportes y por lo tanto, si se da la mora la entidad resultaría igualmente responsable del servicio frente al usuario, reconociendo que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de las mora patronal, la EPS debe administrar de manera adecuada los recursos cumpliendo con su deber de administrador eficiente.⁷⁹

La Corte concluye que cuando la EPS se abstiene de prestar los servicios por causa de la mora del empleador, esta obstaculizando el acceso a la seguridad social afectando derechos fundamentales y por lo tanto, la responsabilidad con el empleador será conjunta.⁸⁰

La Corte en diferentes ocasiones ha reiterado su doctrina sobre la mora, este es el caso de la responsabilidad de la EPS frente al allanamiento de la mora⁸¹. Es así como la sentencia T – 765 de 2000, el empleador de la demandante no cancelaba oportunamente los aportes, al quedar esta embarazada la EPS no le reconoció la prestación económica a que tiene derecho ya que encontró

⁷⁸ *Ibíd.*, “Si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad.”

⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 378 de Abril 3 de 2000. Expediente. 291.399 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero. “Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP Arts. 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (Art. 63 del Código Civil).”

⁸⁰ *Ibíd.* “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.”

⁸¹ Las consideraciones de la sentencia C – 177 de 1998, han sido reiteradas por las sentencias: T – 573 de 1999, T – 235 de 2000, T – 767 de 2000, T- 906 de 2000, T- 950 de 2000, T – 1601 de 2000, T- 157 de 2001, T -161 de 2001, T – 549 de 2001, T – 933 de 2002 y T -084 de 2004. entre otras.

que los pagos se habían hecho de forma extemporánea recibidos todos por la EPS. En este caso a pesar de tener derecho a la prestación por la protección constitucional que se otorga a la mujer embarazada la Corte considera que, respecto a la mora, la EPS no puede negar la prestación del servicio pues al no realizar el respectivo reclamo sobre la mora incurre en una negligencia de la que no puede beneficiarse⁸², adicionalmente tampoco puede negarse a atender a la demandante pues al recibir los pagos la entidad se allanó a la mora⁸³.

Esta sentencia, reitera que la EPS también es responsable sobre los aportes, y le impone la obligación de avisar al deudor la circunstancia de la mora para que la suspensión del servicio sea válida, pues la sanción configura una violación al derecho a la salud y en casos especiales, como licencias de maternidad y salarios no cancelados⁸⁴, una violación al mínimo vital cuya protección si es procedente por medio de la tutela.

Sobre el punto resulta importante analizar una sentencia de la Corte Constitucional, decidió una demanda de inconstitucionalidad⁸⁵ en contra del Artículo 43 de la Ley 789 de 2002 por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo⁸⁶. La Corte se preocupa por interpretar el sentido y alcance que

⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 765 de Junio 22 de 2000. Expedientes T – 294.043 y T – 294.124 (Acumulados). Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero. “En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría “una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador”. Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, “pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social”.

⁸³ *Ibíd.* “En casos de negación de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, ... la sala consideró que “en aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en la relaciones jurídicas entre las partes” la EPS no puede desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador”.

⁸⁴ Además de esta sentencia, dicha jurisprudencia es reiterada por la sentencia T – 348 de 2001 y T – 497 de 2002 .

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 800 de Diciembre 16 de 2003. Expediente. D – 4445. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

⁸⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 789 del 27 de Diciembre de 2002 “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”, En: www.mininterior.gov.co. Artículo 43. *Aportes a la seguridad social*.

tiene la norma demandada, considerando consiste en determinar la obligación de la EPS cuando el empleador ha descontado los aportes a la seguridad social pero no ha hecho los giros correspondientes al sistema, siendo esta la continuación de la prestación del servicio.

El demandante aduce cuatro causas que prueban que esta norma es inconstitucional, estas son:

- Violación al principio de unidad de materia. No existe conexidad temática entre la norma acusada y el resto de la Ley por cuanto “(...) la disposición ni estimula el empleo y tampoco coadyuva a la subvención del desempleo, es una [norma] que hace referencia a obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”
- Violación al principio de igualdad entre los empleadores que retienen el pago y los que no: El Artículo 43 de la Ley 789 de 2002, establece una discriminación en la prestación del servicio de salud cuando no exista un pago de la UPC⁸⁷ aunque los empleadores hayan retenido del salario de los trabajadores los aportes y no los hayan girado a la EPS, obligando a estas entidades a prestar el servicio, sin contraprestación, desconociendo que es el empleador quien debe asumir directamente la prestación del servicio como sanción por mora en el pago de los aportes, tal como lo prescribe el Artículo 209 de la ley 100 de 1993, pues considera que la ley premia al empleador moroso que ha retenido el pago y no lo ha girado a la EPS mientras que no estipula nada frente al empleador que no descuenta el pago de sus empleados.

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.

⁸⁷ Ver definición de UPC en pie de página número 10

- Desconocimiento de las reglas constitucionales de trámite legislativo. Alega el demandante que de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política, los proyectos de ley relativos a tributos, iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes, por lo tanto “(...) la norma acusada al regular aspectos relativos al pago de contribuciones parafiscales ha debido iniciar su trámite en la Cámara de Representantes, requisito éste que no se cumplió en tanto el Proyecto de ley 56 de 2002 Senado, fue radicado en el Senado de la República.
- Desconocimiento del Principio de Eficiencia en Seguridad Social. Al señalar obligaciones a cargo de las EPS sin que la misma normatividad tenga prevista la forma de financiamiento y al desincentivar el pago de aportes por parte de los empleadores al Sistema, la norma acusada permite el desfinanciamiento de las EPS y a la postre, la crisis del Sistema General de Seguridad Social en su conjunto. El simple hecho de desincentivar el cumplimiento en el pago de aportes por parte de los empleadores al sistema es suficiente para considerar la infracción al postulado de la eficiencia, y el incentivo a evadir es evidente, ya que cuando menos durante el lapso de seis meses verificada la mora, el empleador que retiene aportes del salario de los trabajadores y no los gira a la EPS queda relevado de su obligación principal de satisfacer las prestaciones en salud de sus empleados, siendo tal obligación ahora a cargo de las EPS quien después repetirá contra el empleador incumplido

Para el desarrollo de este trabajo, el último punto resulta relevante, por lo cual se desarrollará la posición de la Corte al respecto. El segundo inciso del Artículo 43 de la Ley 789 de 2002 se encarga de limitar esta situación “hasta por un periodo de seis meses desde que se verifique la mora”, de tal manera que no será suficiente el retardo pues se requiere que el deudor sea constituido en mora., regulando de esta manera la situación del afiliado frente a la EPS. Sin embargo esta norma no

cambia la obligación del empleador, que será pagar los aportes atrasados y asumir las sanciones establecidas por la ley.

De esta forma, para que la norma demandada opere, debe reunir tres requisitos⁸⁸ Primero que exista una relación laboral entre empleado y empleador, segundo que hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y finalmente que éste no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud.

La Corte considera, que el tercer requisito es el único que la EPS puede comprobar directamente, con respecto a los otros dos argumenta, que imponer la obligación a las entidades de que verifiquen la calidad de los afiliados, supondría una carga demasiado onerosa y podría afectar claramente el funcionamiento del sistema, de esta forma, se reconoce que la ley ha asignado a los empleadores, aparte de la obligación de girar de aportes, el deber de informar a la EPS aclarando que estas conservan la facultad de solicitar los documentos que prueben la calidad de afiliado.

Siendo el deber de información una responsabilidad del empleador, la Corte se encarga de establecer la postura de la EPS frente al incumplimiento de este deber⁸⁹. Considerando que a pesar del incumplimiento del deber del empleador, el servicio público de salud debe ser continuo, y por lo tanto, es deber de la EPS seguir prestando el servicio, pues si una persona deja de tener una relación laboral, y estaba recibiendo un tratamiento del cual depende su vida, es inadmisibles que se dejen de prestar los servicios por esta situación en consecuencia será la EPS que estaba atendiendo la que

⁸⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 800 de Diciembre 16 de 2003. Expediente. D - 4445 Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

⁸⁹ *Ibíd.*... “Los daños, perjuicios o desfases financieros que se causen al Sistema porque el empleador incumpla su obligación de suministrar la información necesaria (por ejemplo, cuando se sigue atendiendo a una persona que había sido desvinculada de la empresa donde trabajaba) son responsabilidad del empleador incumplido que no advirtió adecuadamente a la EPS, y al Sistema de Salud en general, mediante un reporte de novedades. Es necesario destacar que la responsabilidad de los empleadores incumplidos es aún mayor cuando el incumplimiento no es el resultado de la negligencia sino de actividades fraudulentas, contrarias al principio de la buena fe.

... Las Entidades Promotoras de Salud actúan sobre la base de la permanencia de un trabajador en el empleo y en el Sistema de Salud, salvo que el empleador informe que esta situación ha cambiado o que se identifique un error en la información o un fraude, eventos éstos en los que las autoridades ejercen sus competencias y las EPS pueden usar las facultades que les otorga la ley para adquirir la información requerida y tomar las medidas adecuadas para hacer los correctivos.”

seguirá el tratamiento mientras la nueva entidad que afilie a la persona y será esta quien tendrá a cargo la prestación del servicio⁹⁰

Es así como en los casos donde la persona ya no se encuentre en el régimen contributivo y no pueda asumir el costo de su tratamiento, se generan costos que no tienen respaldo en el sistema, los cuales según jurisprudencia reiterada son responsabilidad del FOSYGA⁹¹. De esta forma si una persona se encuentra desempleada habiendo cotizado cuando empezó su tratamiento, siendo el sistema solidario, la atención que la EPS preste debe ser asumida por la Subcuenta de solidaridad.

Finalmente, la Corte admite que la obligación de la EPS es de carácter temporal, esto se concluye después de analizar los casos a los que puede verse sometido el afiliado a la terminación de su contrato de trabajo:

- La persona continúa vinculada al régimen contributivo de Salud. El que se acabe la relación laboral de una persona no implica que necesariamente ésta deje de pertenecer al régimen contributivo. Es posible que continúe vinculado en calidad de afiliado, bien sea cotizando como trabajador dependiente en otra empresa o como trabajador independiente o beneficiario, por ejemplo, como beneficiario de su pareja. En cualquier caso en que se encuentre la persona, afiliada o beneficiaria, esta podrá

⁹⁰ *Ibíd.*, “En efecto, si la persona deja de tener una relación laboral, deja de cotizar al régimen contributivo del Sistema de Salud y no se encuentra vinculada de ninguna otra forma a dicho régimen, pero estaba recibiendo un servicio específico de salud, se pueden distinguir dos situaciones posibles: (a) que la vida y la integridad de la persona dependan del servicio médico específico que se está recibiendo y (b) los demás casos. En la primera situación, constitucionalmente no es admisible que se interrumpa el servicio de salud específico que se venía prestando, pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ello implicaría sacrificar el goce efectivo de los derechos a la vida y a la integridad de una persona. Son entonces las EPS que prestaban en cada caso específico el servicio requerido las que deben garantizar, en primera instancia, que la prestación del mismo no se suspenda; en segunda instancia, la obligación de garantizar la continuidad en la prestación del servicio será responsabilidad de la entidad o las entidades a las cuales les corresponda seguir atendiendo a la persona, dependiendo de la situación jurídica y económica en la que ésta se encuentre.”

⁹¹ *Ibíd.*, “Ahora bien, en los casos en que las EPS deban seguir atendiendo a una persona, a pesar de que ésta ya no cotiza para el régimen contributivo, se generarán unos costos que no encuentran respaldo financiero en el régimen contributivo. La jurisprudencia de esta Corte ya ha reiterado que es el Estado, por intermedio del Fondo de solidaridad y garantía (FOSYGA) del Ministerio de Protección Social, quien debe responder oportunamente a las peticiones mediante las cuales una EPS repita para asegurar la sostenibilidad del sistema.”

continuar afiliada en la misma EPS o podrá cambiarse a otra nueva. En la primera de las hipótesis la EPS continuará prestando el servicio médico específico del cual depende la vida y la integridad de la persona. En la segunda, la EPS que venía prestando el servicio debe asumir la carga de garantizar la continuidad del servicio de salud específico que se esté prestando, cuando de él dependa la vida o integridad de una persona, hasta tanto la nueva EPS lo asuma.

- La persona pasa a estar vinculada al Sistema de Salud, a través del régimen subsidiado. Puede ocurrir que la persona que venía recibiendo el tratamiento específico de salud, al perder el vínculo laboral, se encuentre en una situación económica tan precaria, que tenga derecho a ser vinculado al régimen subsidiado. En tal caso, la EPS que venía prestando el servicio, asume el deber de garantizar la continuidad de la prestación de éste, hasta tanto la ARS correspondiente, o la entidad territorial correspondiente, según sea el tratamiento que se requiera, asuma la prestación del mismo. En este caso, entonces, también se trata tan sólo de una obligación de carácter temporal, que debe ser transferida según los trámites legales establecidos para ello, a la nueva entidad que según las reglas del Sistema, tiene el deber de asumirlo.
- La persona tiene recursos económicos suficientes para seguir costeando el tratamiento que se le viene prestando. Quien sí cuente con los recursos suficientes para continuar cubriendo el servicio tiene derecho a que se le garantice la continuidad del servicio, pero deberá asumir el costo del mismo. Se reitera que las eventuales divergencias en relación con éste aspecto económico no justifican interrumpir el servicio específico del cual depende la vida o la integridad del paciente.
- La persona está por fuera de los regímenes contributivo y subsidiado, y por defecto, se encuentra en el régimen vinculado. Cuando una persona se encuentra por fuera

del régimen contributivo por no ser ni afiliado ni beneficiario, y no esta protegida por el régimen subsidiado, por no reunir las condiciones para ello o simplemente porque el Sistema no se ha extendido aún hasta un punto tal en el que pueda ser incluida, esta persona, por defecto, de precariedad mayor, y aún no han ingresado al será atendida en caso de necesidad por el sistema vinculado. En este caso serán las entidades de salud encargadas de prestar el servicio de salud, contratadas por las entidades territoriales encargadas de costearlo, a las que deberá acudir la persona que está por fuera de los otros dos regímenes.

- La persona deja de requerir un servicio médico para salvaguardar su vida o su integridad. Cualquiera sea la hipótesis, en el momento en el que la persona ya no requiera del servicio que se le venía prestando para garantizar sus derechos a la vida o a su integridad, la EPS, por supuesto, deja de estar obligada a continuar prestándolo. Ahora bien, lo esencial es que la amenaza que se cernía sobre la vida o la integridad del paciente haya cesado, lo cual sólo puede ser apreciado por los médicos.

Así pues, la Corte entiende que la norma acusada deberá ser declarada exequible aclarando que en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio. De esta forma se garantiza el goce efectivo de los derechos fundamentales que pueden verse afectados, pero estableciendo a la vez un límite razonable a la obligación de las EPS, pues ésta, como se mostró, es de carácter temporal.

La Corte realiza conclusiones importantes reconociendo que la norma demandada no libera de responsabilidad al empleador, puesto que la ley ha tenido cuidado de regular el acceso a la salud

sin que se modifiquen las obligaciones del empleador, por lo tanto, la corte considera que este cargo no prospera⁹².

Finalmente, en cuanto al principio de eficiencia, la Corte desestima el cargo argumentando que de volverse norma el incumplimiento del pago en los aportes se debería a la negligencia de las entidades que tienen a su cargo el cumplimiento de esta función, y por lo tanto concluye que la norma no desconoce el principio de eficiencia⁹³.

Respecto de los seis meses, la Corte considera que un trabajador afiliado a quien se le descuenten los aportes a salud y cuyo empleador esté en mora, no debe sufrir la carga por la negligencia de este y en consecuencia, el fragmento de la norma *“hasta por un período de seis (6) meses verificada la*

⁹² *Ibíd.*, “El artículo demandado señala que 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”* (acento fuera del original). No es cierto, entonces, como lo afirma el demandante, que antes de la expedición de la Ley 789 de 2002 los empleadores incumplidos tenían que asumir cargas que ahora no son su responsabilidad. Expresamente el legislador decidió garantizar el acceso a la prestación del servicio de salud sin que en manera alguna ello implique modificar los deberes que tiene el empleador, o las responsabilidades que éste adquiere ante el incumplimiento de los mismos. Sencillamente separó lo que tiene que ver con la prestación del servicio de salud del empleado cumplido, de lo que tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones del empleador incumplido. En efecto, con el propósito de atender esta segunda cuestión el Congreso expidió la Ley 828 de 2003, que contempla normas encaminadas a evitar la evasión del Sistema de Seguridad Social. El empleador sigue respondiendo ante el Sistema de Salud por las deudas y las sanciones que se le hayan impuesto debido a su incumplimiento. ... En conclusión, el artículo 43 de la Ley 789 de 2002 no conlleva un tratamiento discriminatorio entre el empleador que retiene los aportes de salud que deben hacer sus empleados, y no hace los giros correspondientes a las EPS, con respecto al resto de los empleadores, independientemente de si recaudaron y pagaron o si ni siquiera recaudaron, puesto que no limita o disminuye sus responsabilidades. Expresamente indica que el derecho que se reconoce a los empleados y el deber que tienen las EPS no reduce jurídicamente las cargas, responsabilidades y sanciones que tienen los empleadores incumplidos. La Corte advierte, en todo caso, que el análisis anterior de constitucionalidad de la norma en materia de igualdad se restringe a los argumentos presentados y alegados dentro de este proceso.”

⁹³ *Ibíd.*, “... Si el incumplimiento general de los aportes en salud llegara a convertirse en una regla, de tal suerte que afectara el correcto funcionamiento del Sistema de Salud y perjudicara a sus usuarios, no sería debido al artículo 43 de la Ley 789 de 2002. La razón sería que las entidades encargadas de hacer cumplir las normas que rigen el giro de los aportes por parte de los empleadores, no están cumpliendo con sus deberes. Se requeriría entonces que las EPS dejaran de cobrar a los deudores incumplidos y que los organismos de vigilancia y control (Superintendencia Nacional de Salud, Ministerios de Salud y de Protección Social) no cumplieran sus funciones. Igualmente, se requeriría que las EPS siguieran atendiendo a las personas, sin tomar las medidas necesarias para establecer si existen cotizaciones que respalden económicamente esos servicios, después de transcurrido un tiempo sin recibir los aportes.
...” “Una norma que se limita a garantizar el acceso continuo al servicio de salud de las personas cuyo empleador no ha cumplido con su obligación de pagar los aportes en salud, no desconoce el principio de eficiencia en materia de seguridad social.”

mora” debe ser declarado inexecutable⁹⁴. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, la Corte declara la norma executable, aclarando que en ningún caso se podrá interrumpir el servicio que se venía prestando hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma la prestación del servicio.

⁹⁴ *Ibíd.*, “La protección efectiva del derecho a la salud exige que al trabajador no le sea suspendido el servicio, razón por la cual se declarará inconstitucional el término de seis meses previsto en la norma acusada. Es preciso señalar que la protección que aquí se reconoce, cubija tan sólo el caso del empleado que asume la carga que le corresponde con el sistema de salud.

... En consecuencia la Corte declarará la executable del artículo 43 de la Ley 789 de 2002, en relación con los cargos estudiados en el entendido de que no se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio, de acuerdo con lo dicho en el tercer apartado de las consideraciones del *sente fallo*. No obstante, la expresión “*hasta por un período de seis (6) meses verificada la mora*”, se declarará inexecutable con base en las razones expuestas.

3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA MORA

Ya se ha desarrollado, todo lo concerniente al sistema de salud y los efectos de la mora en el régimen contributivo. Adicionalmente en el transcurso de la investigación se ha encontrado que la Corte Constitucional se ha convertido en un agente determinante en el funcionamiento del sistema general de seguridad social en salud, pues sus fallos relacionados con el derecho a la salud han ido modificando su funcionamiento.

De esta manera, puede decirse que las consecuencias derivadas de la mora generan efectos cuando esta se presenta en el pago de los aportes, sino cuando se determina la naturaleza del POS, pues, de esto depende que las estipulaciones contractuales puedan aplicarse. Las modificaciones que la Corte ha implementado, hacen pensar que la Corte está extralimitando las prestaciones consagradas en el POS, lo que implica que la generación de los efectos de la mora empieza a ser problemática desde la misma conformación de la relación EPS – Usuario.

3.1 LA CORTE DEJA SIN EFECTOS LA MORA EN EL SUBSISTEMA DE SALUD.

Pudo determinarse que la ley contempla mecanismos idóneos para que se evite la mora en el sistema, contemplando sanciones como la suspensión y la desafiliación del servicio y la pérdida de antigüedad, limitando al usuario en el acceso a varios servicios. No obstante, la Corte Constitucional, en su posición de garante del cumplimiento de las normas de la carta, que incluyen el derecho a la vida, la dignidad humana y la salud, obliga a las EPS a prestar el servicio a pesar de la mora del usuario, responsabilizando a estas entidades del cobro de los mismos.

De esta manera, puede establecerse que la mora en el pago de la cotización de dependientes no genera los efectos puesto que de cualquier manera la EPS debe seguir prestando los servicios, bajo circunstancias en que la vida y la dignidad humana estén en peligro. La jurisprudencia ha atribuido la

responsabilidad a las EPS en el cobro de los aportes, pues como se tuvo oportunidad de citar, la jurisprudencia advierte que la negligencia de las entidades en este aspecto provoca su responsabilidad y las obliga a la prestación del servicio así los afiliados se encuentren en mora.

De esta forma, la excepción de contrato no cumplido como uno de los efectos de la mora no aplica, al no poder la EPS suspender el servicio. Las reales consecuencias surgen al recordar que este es un sistema solidario, donde si un aportante deja de dar lo que le corresponde afecta su atención, la de los demás usuarios que atiende el sistema y la de los beneficiarios del régimen subsidiado que dejan de recibir este aporte para la financiación del sistema.

Anteriormente se explicaba como los fallos extra POS, hacían más difícil la eficiente prestación del servicio ahora a esto se suma que la Corte obliga a la prestación de un servicio sin considerar la financiación del mismo, afecta a largo plazo la prestación de los servicios a la totalidad del conglomerado social, pues al disminuir los recursos del Estado y de las EPS no hay garantías de la efectividad y eficiencia del mismo, violando el principio más importante de la seguridad social como es el de la universalidad.

3.2 EXISTE DISCRIMINACIÓN FRENTE A TRABAJADORES INDEPENDIENTES.

El Artículo 209 de la Ley 100 de 1993, considera que la mora faculta a la EPS a suspender la prestación del servicio solamente para independientes y pensionados, puesto que como lo ha dicho la Corte, la relación entre estos dos sujetos es directa. No obstante, para el caso de los asalariados, la Corte Constitucional considera que esta regla no aplica, puesto que este es un servicio público y debe gozar de continuidad, por lo tanto, la EPS deben seguir prestando los servicios y ejercer los mecanismos de cobro que la ley confiere.⁹⁵

Por lo tanto, se presenta una obvia discriminación frente a los trabajadores independientes, ya que existe la protección frente al despido del trabajador dependiente pues el régimen subsidiado asumirá

⁹⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 177 de Mayo 4 de 1998. Expediente. D – 1825 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero

la prestación del servicio si este no puede pagarse por sí mismo la cotización al régimen contributivo. Para el caso de los trabajadores independientes no existe tal protección al no poder estos afiliarse al régimen subsidiado hasta comprobar que su situación económica es realmente precaria.

3.3 LAS EPS SON RESPONSABLES DEL RECAUDO DE APORTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Las EPS cumplen varias funciones dentro del sistema, las más importantes son la prestación del POS y el recaudo de los aportes a la seguridad social.

Una parte de la doctrina Constitucional ha dicho que la responsabilidad de las EPS va mucho más allá del recaudo, es decir, que las EPS deben realizar una labor de cobro, o por lo menos así lo ha dado a entender la Corte Constitucional al admitir que las EPS aparte de su función recaudadora tiene funciones de vigilancia sobre los mismos recursos⁹⁶.

De esta manera la Corte Constitucional, aplica el principio de moralidad, esto es nadie puede beneficiarse de su propia culpa, y en consecuencia si las EPS tienen deudores morosos, es por que ellas mismas no realizan una eficiente vigilancia sobre la captación de los recursos, por lo tanto, al tener cierto grado de responsabilidad no pueden dejar de prestar los servicios a los usuarios morosos, bajo la premisa de que si no presta los servicios esta obstaculizando el acceso a la salud y con ello está violando derechos fundamentales.

Mediante esta postura la Corte Constitucional olvida que la EPS no es el único sujeto que tiene responsabilidades, pues el cotizante también tiene algunas y la más importante de ellas es efectuar los pagos oportunamente al sistema de seguridad social en salud, así cuando se producen fallos que obligan a las EPS a prestar servicios a pesar de la mora, la Corte hace que el usuario se beneficie de su propia culpa,

⁹⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 378 de Abril 3 de 2000. Expediente. 91.399 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero

La segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador, éste no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos. Pues reconoce que las EPS, actúan como delegataria del Estado. Y por consiguiente, a juicio de la Corte, la imposición de una responsabilidad a la EPS excede los límites contractuales y legales, mal se le puede agregar la carga de efectuar el correspondiente cobro al usuario, y por ello si el empleador no cancela los aportes es el quien es llamado a cubrir las prestaciones que surjan luego de la mora. En cuanto a los dineros adeudados, puestos que estos pertenecen al Estado son ellos quienes están llamados a realizar las correspondientes acciones judiciales con el fin de que estos dineros sean cancelados. En conclusión, en la acción de tutela, el juez constitucional puede optar cualquiera de estas dos soluciones, lo que genera nuevamente inestabilidad jurídica al no estar seguras las EPS cuales son las medidas que la Corte le manda tomar.

CONCLUSIONES

La seguridad social se ha convertido en un sistema importante para la sociedad, ya que materializa el derecho constitucional de la salud, como un derecho de segunda generación, que por lo tanto necesita reglamentación legal, principalmente consagrada en la ley 100 de 1993 y en sus decretos reglamentarios. Al ser un servicio público debe seguir ciertos principios como: la regularidad, la uniformidad, la obligatoriedad de prestar el servicio, la generalidad y la continuidad, como principio más importante. No obstante, cuando la vida y la dignidad humana se encuentran en peligro el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental por conexidad.

El sistema general de seguridad social integral, está conformado por tres subsistemas estos son: El Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y Sistema General de Riesgos Profesionales. Para el desarrollo de este trabajo de grado, interesó profundizar en el subsistema general de seguridad social en salud, es el conjunto de instituciones, procedimientos, normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación, para la prestación del servicio público esencial de Salud. El servicio de salud, según la ley 100 de 1993, deberá prestarse bajo los parámetros de ciertos principios: Universalidad, eficiencia, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El subsistema general de seguridad social en salud, está conformado por: Organismos de control y vigilancia, tales como el recién creado Ministerio de Protección Social, la Superintendencia de Salud y El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. De igual manera existen organismos de administración y financiamiento tales como Fondo de Solidaridad y Garantía, que principalmente administra el sistema y posee cuatro cuentas tales como: Subcuenta de Solidaridad, Subcuenta de Compensación, Subcuenta de Accidentes de Tránsito y Enfermedades de Alto Costo y Subcuenta de Promoción de la Salud. De igual manera, existen Entidades Promotoras de Salud que son las encargadas de la prestación del Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo, así como Administradoras del Régimen Subsidiado pero para el Régimen Subsidiado finalmente están las Instituciones Prestadoras de Salud que son aquellas que prestan directamente los servicios de salud

Para garantizar la prestación del servicio de salud, la Ley 100 de 1993 diseñó el Plan Obligatorio de Salud (POS) como un programa básico de atención para la población, el cual es creado y actualizado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que incluye beneficios y servicios de salud. Este programa establece servicios mínimos y básicos así como reconocimientos económicos que protegen integralmente la salud, dada su atención integral contempla las fases de educación, información y fomento de salud lo mismo que prevención, incluyendo además de esto medicamentos esenciales en su denominación genérica.

El primer encargado de la prestación del POS es el Estado, no obstante delega la obligación a la EPS, quien se compromete a prestar el servicio en los términos que el Estado establezca. A su vez la EPS suscribe un contrato con el usuario, garantizando la prestación del servicio mientras que el usuario se compromete a pagar la cotización que la ley consagra.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la salud siendo en principio de carácter prestacional, da lugar a su exigencia por vía de tutela cuando se encuentra en peligro el derecho a la vida y la integridad personal, así como la dignidad humana. Y teniendo en cuenta que este es un servicio público que debe gozar de continuidad y que la EPS ha adquirido un compromiso con la salud del paciente los servicios no deben suspenderse. Así las cosas la Corte da los presupuestos mediante los cuales se debe proveer a los usuarios que no teniendo derecho al servicio o medicamento, bien sea por que han perdido la calidad de afiliado, por que no reúne el mínimo de semanas para el tratamiento o por que no ha cancelado.

De igual manera, puesto que las prestaciones adicionales al POS exceden los límites de la delegación Estado – EPS, la corte ha dicho que a pesar de que el servicio, debe continuar la EPS no deben asumir los costos económicos que la continuidad del servicio implica y por lo tanto debe recobrar por estos servicios al FOSYGA. Respecto a lo cual la única situación que ha resuelto la Corte Constitucional, es aquella mediante la cual el afiliado queda desempleado y no tiene recursos para sufragar los servicios que se le venían prestando por lo tanto, teniendo en cuenta que el sistema es solidario es la subcuenta de solidaridad la que debe asumir el costo del servicio.

En cuanto a la mora, puede decirse que es el retardo en que, alguna de las partes involucradas en un contrato, incurre al cumplir la obligación pactada en tiempo diferente al estipulado inicialmente. Uno de los efectos de la mora, es la Excepción de Contrato no cumplido mediante la cual la parte que ha sufrido el incumplimiento puede dejar de efectuar la prestación contratada hasta que el contratante incumplido cumpla con lo pactado.

El Artículo 209 de la Ley 100 de 1993, consagra que la mora en el pago de los aportes faculta a la EPS para la suspensión del servicio. En principio, la Excepción de contrato no cumplido opera en el sistema, salvo para el caso de los trabajadores dependientes, ya que el Artículo 43 de la Ley 789 de 2002, protege a los trabajadores cuyo aportes han sido descontados pero no girados a la entidad. De esta forma, las consecuencias de la mora en el pago de los aportes son en primer lugar la suspensión de los servicios y la pérdida de la antigüedad luego de seis meses de mora.

Al analizar el Artículo 209 de la Ley 100 de 1993, la corte consideró que deben separarse entre EPS y los trabajadores dependientes así como las relaciones que surgen entre las entidades y los empleadores. De esta manera, esta norma no debe aplicarse a los trabajadores dependientes ya que se entiende que en este caso los obligados a realizar el pago deben ser los empleadores, y en caso de mora la responsabilidad en la salud de los mismos se traslada a ellos, en consecuencia la mora no puede afectar el servicio puesto que las EPS debe utilizar los mecanismos tendientes al cobro.

Pero posteriormente, en otra Jurisprudencia la Corte advierte que el empleador no es el único responsable de la mora en el pago puesto que la EPS, como garante del recaudo de las cotizaciones debe actuar como un administrador eficiente y establecer el cobro coactivo para el cobro de sus acreencias.

La Corte Constitucional ha dicho que el servicio no podrá ser interrumpido cuando de el dependan la vida y la integridad de las persona, sin que esto signifique que el empleador queda libre de responsabilidad, puesto que sus obligaciones siguen intactas. Finalmente, considera que mantener la afiliación del trabajador solo por seis meses es injusto puesto que este no debe sufrir las

consecuencias de la negligencia del empleador y por lo tanto, procede a declarar tal a aparte inexecutable.

Siendo esta la regulación de la mora, las consecuencias de la misma, se dan en primer lugar en la determinación de las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud puesto que a pesar de lo que la ley consagra la Corte Constitucional excede las mismas para garantizar a los afiliados un acceso a las prestaciones de salud. De igual manera, la corte añade a las EPS la responsabilidad en el recaudo de los aportes, imponiendo a parte de la función recaudadora una función de vigilancia sobre los mismos. Al mismo tiempo que crea una discriminación entre trabajadores independientes y dependientes por la sobreprotección que da a los mismos

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA LEGAL

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 7 de Julio de 1991.
Constitución Política de Colombia.

CONGRESO DE LA COLOMBIA

- Código Civil Colombiano
- Código Sustantivo de Trabajo
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 10 del 10 de Enero de 1993 “Por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud y se dictan otras disposiciones”, En:
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, En. www.mininterior.gov.co.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 789 del 27 de Diciembre de 2002 “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”. En: www.mininterior.gov.co.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 del 29 de Enero de 2002. “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley

- 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales”. En: www.mininterior.gov.co
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 828 del 19 de Julio de 2003 “Por la cual se expiden normas para el control de la evasión en el sistema de seguridad social”. En: www.mininterior.gov.co

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

- CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, Acuerdo Número 72 del 11 de Marzo de 1998. “Por el cual se define el plan de beneficios del Régimen Subsidiado” En. Diario Oficial, no. 43258 (Marzo 13 de 1998) p. 3-5
- COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, Acuerdo 288 de 2002 “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”. En. www.mininterior.gov.co
- COLOMBIA, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, Acuerdo 282 del 7 de Enero de 2005 “Por el cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para el año 2005 y se dictan otras disposiciones” En Diario Oficial No. 45784

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL (Anteriormente Ministerios de Salud y Trabajo)

- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1259 del 20 de Junio de 1994. “Por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud.”. En. www.mininteriorjusticia.gov.co/resultadosconsultalegislacion.

- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1295 del 22 de Junio de 1994 “Por el cual se determina la organización y administración del sistema general de riesgos profesionales” En. Diario Oficial No. 41405 (24 de Junio de 1994). Pág. 5-11
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1485 del 13 de Julio 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.” En: Diario Oficial, No. 41443 (Julio 15 de 1994) Pág. 4-6
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1283 del 23 de Julio de 1996 “Por el cual se reglamenta el fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud” En. Diario Oficial No. 42840 (25 de Julio de 1996) Pág. 7 -12.
- COLOMBIA, MINISTERIO DE SALUD, Decreto 806 del 30 de Abril de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional” En: www.minproteccionsocial.gov.co/legislación/decretos/1998
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1013 del 4 de Junio de 1998 “Por el cual se reglamenta el financiamiento de la Subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y se deroga parcialmente el Decreto 1283 de 1996”. En. Revista del Banco de la República No. 848 – Junio de 1998. Pág. 71.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1804 del 14 de Septiembre de 1999 “Por medio del cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. En. www.mininterior.gov.co/resultadoconsultadelegislacion

- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1406 de del 28 de Julio de 1999 “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones.”. En: Legislación / Legis, no. 1125 (ago.30/99) p. 748
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 047 del 19 de Enero de 2000. “Por el cual se dictan normas sobre afiliación y otras disposiciones” En. www.minprotección.gov/legislación/decretos/2000
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 2463 del 20 de Noviembre de 2001 “Por el cual se reglamentan la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”. En: Diario Oficial, no. 44622 (noviembre 21 de 2001) Pág. 2-8
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Decreto 1703 del 2 de Agosto 2002. “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el sistema general de seguridad social en salud”. En: www.mininterior.gov.co
- COLOMBIA. MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 205 del 3 de Febrero de 2003. “Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones.” En. Diario Oficial, no. 45086 (febrero 3 de 2003) p. 28-36
- COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 2800 del 2 de Octubre de 2003 “Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994.” En: www.mininterior.gov.co
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución 5261 del 5 de Agosto de 1994. “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan

Obligatorio de Salud en el sistema General de Seguridad Social en Salud.” En:
www.minproteccionsocial.gov.co/resoluciones/1994

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

- COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, concepto NURC 8009-1-102640 del 8 de Enero de 2002. En: www.mininterior.gov.co

BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, Teoría de las Obligaciones, Imprenta “El esfuerzo” Santiago de Chile.
- BARRETO, JOSÉ VICENTE, 10 años de jurisprudencia sobre seguridad social, Legis Editores, 2000. Bogotá.
- CAÑÓN ORTEGÓN, LEONOR. Régimen de la Seguridad Social y Pensiones en Colombia. Editorial Leyes, 1998. Bogotá.
- GUILLEN, Raymond y otro, Diccionario Jurídico. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996.
- http://www.abcmedicus.com/articulo/id/354/pagina/3/instituto_seguros_sociales.html.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO Y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico Sexta edición, Temis. Santa fe de Bogotá 2000.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, Régimen General de la Obligaciones, Séptima Edición. Editorial Temis, 2001. Bogotá Colombia.

- RODRÍGUEZ MESA, RAFAEL, La Seguridad Social en Colombia. Editorial Legis. 1996 Bogotá
- SAMPER RODRÍGUEZ, GUSTAVO. La seguridad Social en Colombia. Colombo Editores, 1996. Santa fe de Bogota

BIBLIOGRAFÍA JURISPRUDENCIAL

CONSEJO DE ESTADO

- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Agosto 19 de 2004, Expediente. 11001-03-25-000-2002-0175-01 (3403-02). Consejera Ponente. Dra. Ana Margarita Olaya Forero

CORTE CONSTITUCIONAL

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T –571 Octubre 26 de 1992. Expediente. T –2635 Magistrado Ponente. Dr. Jaime Sanin
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 597 de Diciembre 15 de 1993. Expediente. T – 21469 Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 271 de Junio 23 de 1995. Expediente. 62.714. Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 059 de Febrero 20 de 1997. Expediente. T – 109.319 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T - 202 de Abril 18 de 1997. Expediente. 116.511 Magistrado. Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 480 de Septiembre 25 de 1997, Expedientes. T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 546 de Octubre 28 de 1997. Expediente 137.353. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T –624 de Noviembre 28 de 1997. Expediente. T 125.964 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 177 de Mayo 4 de 1998. Expediente. D – 1825 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 102 de Marzo 24 de 1998. Expediente. 148.650. Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 819 de Octubre 20 de 1999. Expediente. T 217. 495 Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis Sentencia T-102 de Marzo 24 de 1998. Magistrado .Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 378 de Abril 3 de 2000. Expediente. 291.399 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 797 de Julio 31 de 2001. Expediente. T – 449.629 Magistrado Ponente. Dr. Jaime Araujo Rentarúa

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 800 de Diciembre 16 de 2003.
Expediente. D – 4445 Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 220 de 13 de Marzo de 2003,
Expediente. T – 680.944 Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 218 de 8 de Marzo de 2004.
Expediente. T- 754.722 Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet

SUBSISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES

Decreto Ley 1295 de 1994. Artículo 16

La mora de dos meses en el pago de las cotizaciones implica la desafiliación del Sistema General de Riesgos Profesionales

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 250 de 2004

Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 16, Parcial del Decreto Ley 1295 de 1994

La Corte establece que la obligación del empleador de afiliar a los empleados y de cancelar la cotización se fundamenta en que es el quien crea el riesgo por lo tanto debe asumirlo.

La mora en el pago de las cotizaciones debe generar sanciones severas para el empleador cuya aplicación están en cabeza de la ARP.

Tanto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia coinciden en que la aplicación literal del Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994 crea un claro peligro de desprotección al trabajador, pues los derechos del trabajador se encontrarían vulnerados por lo que tomando consideraciones de la sentencia C 800 de 2003 concluye que la mora no puede afectar al trabajador.

LEYES COMPLEMENTARIAS DE LA LEY 100 DE 1993

ANEXO NÚMERO 2

LEY	AÑO	ASUNTO
789	2002	“Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”.
790	2002	Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República
797	2002	Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.
755	2002	Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.
828	2003	medidas contra la evasión al sistema general de seguridad social en salud

ANEXO NUMERO 3

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

AÑO	SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	ASUNTO DEBATIDO
1992	T - 571	Dr. Jaime Sanín Greiffstein	Derecho a la Seguridad Social - Derechos Fundamentales/ Conexidad - Derecho Prestacional - Derecho a la Salud y a la vida
1993	T - 597	Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz	Derechos Prestacionales/Derechos de Aplicación Inmediata - Derechos Fundamentales -Protección
1993	T - 328	Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz	derecho a la vida/derecho a la salud/accion de tutela-improcedencia/accion de reparacion directa -derecho a la salud/derecho a la atencion medica
1995	T -271	Dr. Alejandro Martinez Caballero	Derecho a la salud / Derecho a la Vida - Conexidad
1997	T - 202	Dr. Fabio Morón Díaz	Sistema de Seguridad Social en Salud -No suministro de aportes descontados por empleador/Derecho a la Salud-Mora en pago de aportes patronales / principio de irrenunciabilidad de la seguridad social-no transferencia de aportes obrero patronales en salud
1997	T - 059	Dr. Alejandro Martinez Caballero	El Servicio público de salud tambien puede ser prestado por particulares
1997	T -171	Dr. Jorge Arango Mejía	DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Mora en aportes por empresa en concordato
1997	T - 546	Dr. Hernando Herrera	Carácter Prestacional del Derecho a la Salud
1997	T- 624	Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo	Carácter Fundamental del Derecho a la Salud
1997	SU- 480	Dr. Alejandro Martinez Caballero	Protección del Derecho a la Seguridad Social en Salud
1998	C - 177	Dr. Alejandro Martinez Caballero	Sistema de Salud / Recaudo de Cotizaciones - SISTEMA DE SALUD - Relaciones entre empleador y Seguridad Social - TRABAJADOR ASALARIADO - Suspensión de la Afiliación/ EMPLEADOR - Responsabilidad por no pago de aportes
1998	T - 102	Dr. Antonio Barrera Carbonell	Naturaleza del derecho a la salud como derecho prestación

1998	T - 370	Dr. Alfredo Beltran Sierra	DERECHO A LA VIDA-Protección por encima de discusiones legales o contractuales/ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Deber de suministrar tratamiento por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización/EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Repeticón para recuperar valores no obligado a sufragar
1998	SU- 819	Dr. Alvaro Tafur Gálviz	DERECHO A LA SALUD-Carácter prestacional/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Carácter prestacional
2000	T - 235	Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo	Mora en los aportes a la Seguridad Social - Responsabilidad del Empleador.
2000	T - 378	Dr. Alejandro Martinez Caballero	EMPLEADOR-Responsabilidad por servicios de salud/SERVICIO DE SALUD-Responsabilidad compartida entre patrono y EPS/ ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No continuación prestación del servicio por mora de aportes/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obstaculiza acceso a seguridad social
2000	T -767	Dr. Alejandro Martinez Caballero	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No continuación prestación del servicio por mora en aportes/EMPLEADOR-Responsabilidad por servicios de salud/SERVICIO DE SALUD-Responsabilidad compartida entre patrono y EPS-EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Repeticón contra empleador
2000	T - 906	Dr. Alejandro Martinez Caballero	LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS
2000	T- 950	Dr. Alejandro Martinez Caballero	LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS
2000	T -1601	Dr. Fabio Morón Díaz	Mora en los aportes a la Seguridad Social - Responsabilidad del Empleador.
2001	T -157	Dr. Fabio Morón Díaz	Mora en los aportes a la Seguridad Social - Responsabilidad del Empleador.
2001	T - 161	Dr. Fabio Morón Díaz	Mora en los aportes a la Seguridad Social - Responsabilidad del Empleador.
2001	T- 348	Dr. Jaime Araujo Renteria	Mora en los aportes a la Seguridad Social - Responsabilidad del Empleador.
2001	T- 549	Dr. Alfredo Beltran Sierra	Mora en los aportes a la Seguridad Social - Responsabilidad del Empleador.

2001	T - 797	Dr. Jaime Araujo Renteria	DERECHO A LA SALUD-Periodo mínimo de cotización por enfermedad de alto costo/DERECHO A LA SALUD-Tratamiento de diálisis/ACCION DE REPETICION POR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de tratamiento de alto costo sin cumplir periodo mínimo de cotización
2002	T - 945	Dra. Clara Inés Hernández	Derecho a la Salud - Mora en el pago de aportes patronales
2003	T -220	Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de tratamiento señalado por médico tratante aunque no figure en lista del POS/ACCION DE TUTELA-Imprudencia cirugía implante coclear por no estar ordenado por médico tratante
2003	C - 800	Dr. José Manuel Cepeda Espinoza	Demanda de inconstitucionalidad de el Artículo 43 de la Ley 789 de 2002
2004	T - 218	Dr. Eduardo Montealegre Lynnett	DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD
2004	T- 084	Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra	Mora en los aportes a la Seguridad Social - Responsabilidad del Empleador.

2003	510	Sistema General de Pensiones	por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 3°, 5°, 7°, 8°, 9°, 10 y 14 de la Ley 797 de 2003.
2003	1566	Sistema de Seguridad Social en Salud	Por el cual se reglamenta la intervención de las entidades en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
2003	2090	Sistema General de Riesgos Profesionales	Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades
2003	2800	Sistema General de Riesgos Profesionales	por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994.
2003	2861	Sistema General de Pensiones	por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional
2003	3800	Sistema General de Pensiones	por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.
2004	163	Sistema de Seguridad Social en Salud	Por medio del cual se reglamenta el Artículo 216 de la Ley 100 de 1993
2004	516	Sistema de Seguridad Social en Salud	por el cual se reglamenta la afiliación colectiva a través de agremiaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de los trabajadores independientes con ingresos inferiores a dos salarios mínimos legales mensuales.
2004	564	Sistema General de Pensiones	por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional
2004	2280	Sistema de Seguridad Social en Salud	por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA.