

**EVOLUCION DEL SISTEMA INTEGRAL DE SALUD EN COLOMBIA
Y SU SITUACION ACTUAL**

MARY LUZ MEJÍA PELÁEZ

JENNY MILENA VARGAS ARIAS

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al
título de Abogado**

Asesor: CAMILO PIEDRAHITA VARGAS

MEDELLÍN

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

2011

Nota de Aceptación:

Presidente del Jurado:

Jurado:

Jurado:

Medellín, 22 de Julio de 2011

Contenido

Introducción	8
1. Sistema Integral de Seguridad Social.	9
1.1. Definición.	9
1.2. Sistema de Seguridad Social.	9
1.2.1. Sistema de Seguridad Social de Riesgos Profesionales.	13
1.2.2. Sistema de Seguridad Social en Pensiones.	13
1.2.3. Sistema de Seguridad Social en Salud.	15
2. Unificación del POS y POSS. Derecho a la Salud y a la Igualdad.	38
3. Reforma a la Salud. Ley 1438 de 2011.	49
Conclusiones	62
Bibliografía	63
Anexos	64

TABLAS

Tabla 1. Servicios en el Régimen Contributivo	18
Tabla 2. La tutela y el derecho a la salud; periodo 2003-2005	38
Tabla 3. Derechos invocados en las sentencias de tutelas 2006-2008	58
Tabla 4. Número y valor de recobros ante el Fosyga 2000-2009	59

GLOSARIO

- **CONTINGENCIA:** Posibilidad de que algo suceda o no suceda. Hecho o problema que se plantea de forma imprevista.
- **DESCENTRALIZACIÓN:** Traspaso De competencias y servicios de la administración central a corporaciones locales o regionales.
- **DISCRIMINACIÓN:** Ideología o comportamiento social que separa y considera inferiores a las personas por su raza, clase social, sexo, religión u otros motivos ideológicos.
- **RÉGIMEN:** Modo de gobernarse o regirse en algo.
- **COTIZACIÓN:** Pago de una cuota.
- **AFILIACIÓN:** Ingreso de una persona dentro de una institución o corporación, como miembro de la misma.
- **CONTRIBUCIÓN:** Cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado.
- **EXCLUSIÓN:** Rechazo de una persona o cosa, que queda fuera del lugar que ocupaba.
- **PRESTACIÓN:** Servicio que la autoridad o un contratante ofrece o exige a otro.
- **BENEFICIARIO:** Quien goza de un beneficio o se beneficia de algo.
- **COFINANCIAR:** Dicho de dos o más personas o entidades: financiar una actividad conjuntamente.

- **CONEXIDAD:** De conexión: enlace, atadura, trabazón, concatenación de una cosa con otra.
- **INALIENABLE:** Que no se puede enajenar, es decir, ni transmitir, ni ceder, ni vender legalmente.
- **IRRENUNCIABLE:** Sin posibilidad de renuncia.
- **INEXEQUIBLE:** No exequible; que no se puede hacer, conseguir o llevar a efecto.

RESUMEN

El Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia ha ido evolucionando con el pasar de los años, comenzando por ser una institución excluyente hasta ser en la actualidad una institución que pretende cubrir a toda una población sin excluir a nadie tal y como está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia como un servicio público e irrenunciable a cargo del Estado.

Con la creación de la ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social se organiza en tres subsistemas; salud, riesgos profesionales y pensiones, los cuales ayudan a cubrir futuras contingencias derivadas de la vejez, la invalidez, la maternidad, la paternidad, accidente por enfermedad de origen común o la muerte del afiliado.

Por su parte el Sistema en Salud se divide en dos grandes regímenes; el contributivo donde se encuentran las personas con capacidad de pago y el régimen subsidiado donde se encuentran las personas “pobres” o sin capacidad de pago.

Sin embargo, después de muchas discusiones jurisprudenciales, la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008 reitero que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ordenando al mismo tiempo al Estado actualizar y unificar los servicios que reciben los afiliados y beneficiarios tanto del régimen subsidiado, como del contributivo.

Como consecuencia de lo anterior el Estado reformo el sistema de salud con la ley 1438 de 2011, a través de la cual pretende cumplir con la orden impartida por la Corte Constitucional en la Sentencia T760-2008 y de igual manera enfrentar los vicios, errores y vacíos de la ley 100 de 1993.

Palabras Claves: SEGURIDAD SOCIAL, SISTEMA INTEGRAL DE SALUD, DERECHO A LA SALUD, PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se hace un recorrido del desarrollo del Sistema de Seguridad Social en Colombia, describiendo detalladamente el actual sistema de salud, así como enunciando las diferencias que se presentan en el Régimen Subsidiado con relación al Régimen Contributivo. En dicho desarrollo se analiza brevemente la sentencia T-760 de 2008 para entender las falencias que la ley 1438 de 2011 estaba buscando cubrir.

El Sistema actual de Seguridad Social en Colombia se caracteriza por tener dos regímenes, el contributivo y el subsidiado, donde claramente se observan diferencias en las prestaciones asistenciales. Adicionalmente se puede apreciar que no existe una actualización constante al Plan Obligatorio de Salud. Y esta es la razón por la cual jurisprudencialmente se dio el primer paso hacia la actualización y unificación de dicho plan para ambos regímenes.

Sin embargo, el verdadero avance se dio con la reforma del sistema de seguridad social en salud, ley 1438 de 2011, ya que en esta se realizó un fortalecimiento del sistema al cubrir los vacíos que había dejado la ley 100 de 1993 y la fallida declaratoria de estado de emergencia social del año 2010.

Con este trabajo se pretende demostrar que efectivamente existen avances en el sistema de salud en la parte teórica, como la concepción de “derecho a la salud” o la lucha constante por adaptar el sistema a la realidad, pero al mismo tiempo se pretende demostrar que el sistema no es perfecto y que las fallas en el sistema compromete la supervivencia de este en una sociedad que día a día va requiriendo nuevos servicios.

1. SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL

El sistema de Seguridad Social en salud hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social, el cual es un instrumento que ayuda a la protección social de las personas frente a contingencias como el desempleo, invalidez, muerte, vejez y riesgos profesionales, tal y como se explicará a continuación de una forma detallada.

1.1. Definición

“La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”¹

1.2. Sistema de Seguridad Social

En 1883 el canciller Otto Bismarck presentó ante el parlamento alemán un proyecto de seguridad social que consistía en aportes hechos por los empleadores y los trabajadores, en donde se aseguraba a estos últimos en caso de que sufrieran accidentes de origen laboral, es decir, en desarrollo de su jornada laboral. Posteriormente promovió leyes sobre seguro de enfermedad, seguridad de accidentes de trabajo con cotización a cargo exclusivo del empleador, seguro de invalidez y de vejez, entre otros.²

¹ Preámbulo de la Ley 100 de 1993.

² DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las Pensiones. Teoría, normas y jurisprudencia. Tercera Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007. Bogotá, Colombia. Pág. 1-4.

Por otro lado en Inglaterra, el encargado de desarrollar el concepto fue William Beveridge al presentar un proyecto en el año 1941 conocido como “Social insurance and allied services”, el cual consistía en un modelo de seguridad social no contributivo que era financiado de manera exclusiva por el gobierno mediante los impuestos. Cabe resaltar que este proyecto aplicaba a la población entera, es decir, que se aplicaba tanto a las personas que tenían una relación laboral como a las que no estaban vinculadas. Este modelo se conoce como Atlántico o Universalista.³

En Colombia el concepto de seguridad social fue introducido por Simón Bolívar en 1819 al presentar ante el Congreso de Angostura su idea de organización estatal, la cual consistía en un Estado que ofreciera bienestar y seguridad social⁴. Sin embargo, no fue sino hasta 1945 y 1946, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, cuando surgieron instituciones a nivel nacional, departamental y municipal que se encargaron de darle desarrollo a este concepto. Probablemente la más importante es el Instituto de Seguros Sociales (ISS). Cabe anotar que en sus comienzos el ISS era de naturaleza excluyente, es decir no protegía a toda la población sino únicamente a trabajadores dependientes.

El concepto de Seguridad Social que se desarrolló en Colombia es un concepto mixto, debido a que cuenta con elementos del sistema Bismarckiano, como la financiación.

En 1945 se dio origen al Sistema de Seguridad Social en Colombia por medio de la creación de la Caja Nacional de Previsión y siguiendo en 1946 con la creación del Instituto de Seguros Sociales (ISS), el cual sólo funcionaba, o mejor, sólo prestaba sus servicios en las principales ciudades, y sólo “afiliaba”

³ DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las Pensiones. Teoría, normas y jurisprudencia. Tercera Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007. Bogotá, Colombia. Pág. 5-7.

⁴ CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. Seguridad Social. ¿Un Negocio o un servicio?. Editorial Institutos de Estudios Sociales Juan Pablo II. 1991. Pág. 18.

a los trabajadores dependientes. Luego en 1950 se comenzó a regular por primera vez las pensiones y los riesgos profesionales bajo la expedición de los decretos 2663 y 3743 del mismo año.

En 1975 se constituyó el Sistema de Salud en Colombia, el cual tenía como propósito custodiar la salud de los ciudadanos por medio de instrumentos como la promoción, protección y recuperación de la salud a través de las entidades Nacionales, Departamentales y Municipales.

En 1991, con la nueva Constitución Política Colombiana, en su artículo 48 se estableció la Seguridad Social como “un servicio público y un derecho social e irrenunciable a cargo del Estado de carácter obligatorio” para todos los habitantes, el cual se encuentra a cargo del Estado, ampliando de esta manera el concepto que se tenía. Además, consagró los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad y participación para garantizar de esta manera que el servicio fuera garantizado por igual a todos los habitantes de Colombia de una manera integral, en donde no importaran los ingresos de las personas en relación al servicio que recibieran.⁵ De igual manera, estableció la descentralización en la prestación de los servicios de salud.⁶

De los principios anteriormente mencionados, el principio de Solidaridad es “el instrumento más importante de redistribución del ingreso y es la forma más apropiada y aconsejable que deba adoptarse para alcanzar paulatinamente la justicia social entre los colombianos”⁷; el de la universalidad garantiza una atención a todos los ciudadanos sin discriminación alguna⁸; el principio de la eficiencia busca obtener mejores servicios con menos inversión o insumos; y por último, el principio de participación es la intervención de la comunidad a

⁵ Artículo 48 Constitución Política Colombiana

⁶ Artículo 49 Constitución Política Colombiana

⁷ CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. Seguridad Social ¿Un negocio o un servicio?. Editorial Institutos de Estudios Sociales Juan Pablo II. 1991. Pág. 21.

⁸ JARAMILLO, Iván. El futuro de la salud en Colombia. Editorial Fescol. 1999. Pág. 118.

través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto⁹.

Es así como en estos principios radica la esencia misma de la concepción de derecho general, reconocido a todos sin importar su condición, raza, género o sexo, por tanto, la Corte Constitucional señaló que, “hoy día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o la dependencia del trabajador sino que es la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, conceptos que la han convertido en un derecho inalienable de la persona”¹⁰. Así, la Corte entiende que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable, y que éste se encuentra íntimamente relacionado con la esencia del hombre, de tal manera que no puede ser separado ni predicarse solamente de algunos individuos, sino por el contrario es un derecho general.

Con la expedición de La Ley 100 de 1993 se incorporaron principios legales como la equidad, la libre competencia y la libre elección, además de aquellos que ya había consagrado la Constitución Política, como los de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación¹¹. Además, en desarrollo del artículo 48 de la constitución Política de Colombia, se unificaron las regulaciones y se eliminó la concepción excluyente que existía, así el derecho a la seguridad social se convirtió en un derecho aplicable tanto a trabajadores dependientes como independientes y para particulares como funcionarios. Aunado a esto, con la reforma a la salud del año 2011 por medio de la Ley 1438, se crearon 21 principios propios de la salud diferentes a los 9 principios establecidos en el Sistema Integral de Seguridad social aplicables a los tres subsistemas que más adelante se explicaran contenidos en la Ley 100 de 1993, entre los cuales se encuentran: la universalidad, solidaridad, igualdad,

⁹ Artículo 2, Ley 100 de 1993

¹⁰ Sentencia 116 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara

¹¹ Artículo 2 Ley 100 de 1993

obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad.

Adicionalmente con la Ley 100 de 1993 es importante resaltar que esta ley organiza el Sistema de Seguridad Social en tres subsistemas: salud, riesgos profesionales y pensiones.

1.2.1. Sistema de Seguridad Social de Riesgos Profesionales. “Es un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles en ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”¹²

El sistema cubre 4 contingencias diferentes: la enfermedad o accidente de origen laboral, la incapacidad permanente parcial, la invalidez y la muerte. Así mismo el sistema reconoce las siguientes prestaciones: subsidio por incapacidad temporal, subsidio por incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, adicionalmente un auxilio funerario.

1.2.2. Sistema de Seguridad Social en Pensiones. “Tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones señaladas en la ley”¹³

Existen tres contingencias en materia de pensiones que cubre el sistema, la vejez, la invalidez y la muerte del afiliado. Por lo tanto, el sistema reconoce

¹²Artículo 139-11 Ley 100 de 1993 y Artículo 1 Ley 1295 de 1994

¹³ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la Seguridad Social. Edición 2006. Editorial Legis. Santa Fe de Bogotá. Pág. 169

la pensión de vejez, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes. Adicionalmente en el caso de muerte también se reconoce un auxilio funerario por los gastos que se generen por concepto del funeral del afiliado.

El Sistema general de pensiones está conformado por 2 regímenes, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), de los cuales la persona puede elegir libremente a cual afiliarse. Estos dos regímenes son solidarios y a pesar de que son coexistentes son excluyentes entre sí.

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida se encuentra administrado por el ISS, y tal y como su nombre lo indica, la prestación se encuentra previamente definida y cuantificada para el afiliado o beneficiario. Mientras que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es manejado por los Fondos Privados (AFP), en este régimen cada afiliado posee una cuenta individual en la cual se van depositando sus cotizaciones y rendimientos financieros, y en el momento en que el afiliado cumple con los requisitos legales éste recibirá una pensión en proporción al valor que se encuentra en su cuenta individual; cabe anotar que en todo caso se garantizará la pensión mínima. Sin embargo, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 “Quienes a las edades previstas por la ley no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”¹⁴.

¹⁴ Artículo 66, Ley 100 de 1993.

El afiliado puede elegir libremente el régimen al que desea pertenecer y puede cambiar de régimen, pero únicamente lo puede realizar cada cinco (5) años. Sin embargo, si faltaren diez (10) años o menos para cumplir con la edad para obtener su pensión no puede cambiarse de régimen. Si el afiliado se encuentra en el Régimen de Ahorro Individual puede cambiarse de Fondo Privado cada seis (6) meses¹⁵.

1.2.3. Sistema de Seguridad Social en Salud. "Es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos"¹⁶. Entre los sujetos que intervienen en el sistema se encuentran las entidades, los afiliados y al Estado. Las entidades en materia de Salud se clasifican en dos, en primer lugar, se encuentran aquellas que se ocupan de administrar, que son además responsables de la afiliación, registro y carnetización de sus afiliados, del recaudo de las cotizaciones, de organizar y garantizar a sus afiliados, de la prestación de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS). En segundo lugar están aquellas entidades llamadas IPS (institución prestadora de salud) que se encargan de brindar los diferentes servicios asistenciales, las cuales se explicaran cada una más adelante.

El sistema de seguridad social en salud se divide en dos regímenes, el contributivo y el subsidiado.

¹⁵ Cartilla de Seguridad Social y Pensiones. Editorial Legis. Año 2010. Pág. 34-115.

¹⁶ Administración de la seguridad social. Documento OIT. Año 1991. Pag.1.

- **Régimen Contributivo.**

El Régimen contributivo está destinado a quienes tienen capacidad económica de realizar aportes a la seguridad social a través de su trabajo o ingresos independientes.

Este régimen se estructura básicamente a través de Entidades Promotoras de Salud (EPS), encargadas de promover y efectuar el aseguramiento de toda la población según lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud (POS) a cambio de una contribución per cápita. Así mismo, deben organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud tanto a sus contribuyentes como beneficiarios, utilizando para ello sus propios medios o acuerdos con entidades prestadoras de salud.

Las contingencias que cubren son: la maternidad, la paternidad y el accidente o enfermedad de origen común. Por estas contingencias se reconocen prestaciones asistenciales y económicas, dependiendo del caso. Las prestaciones asistenciales se encuentran limitadas, en los tres casos, por el Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy también conocido como Plan de Beneficios. Las prestaciones económicas difieren de una contingencia a otra. En el caso de enfermedad o accidente de origen común las EPS reconocen un auxilio monetario por enfermedad no profesional. Por maternidad y paternidad la EPS reconoce la Licencia de Maternidad y Licencia de Paternidad respectivamente.

Las prestaciones asistenciales se encuentran consagradas en el Plan de Beneficios vigente en donde se establece de forma detallada cada uno de los procedimientos y consultas que están cubiertos, en este no se encuentran excluidas las preexistencias (enfermedades previas a la afiliación). Por tanto el Plan de Beneficios vigente, excluye todos los procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la

enfermedad, tales como lo cosmético, suntuario, estético y todos aquellos que estén taxativamente definidos en la última actualización que realizó la CRES (Comisión de regulación en salud) en el acuerdo 08 de 2009 sobre el Plan de Beneficios, en el cual no solo se actualizó y aclaró los medicamentos, procedimientos e intervenciones de salud que se encontraban incluidas hasta ese momento, sino que se incluyeron más de 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para los usuarios de todas las edades del Régimen Contributivo. Algunas de las exclusiones¹⁷ son:

- Cirugía estética con fines de embellecimiento.
- Tratamientos nutricionales con fines estéticos.
- Tratamientos para la infertilidad.
- Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico-científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental.
- Tratamientos o curas de reposo o del sueño.
- Medias elásticas de soporte, corsés fajas, sillas de ruedas, plantillas, zapatos ortopédicos y lentes de contacto. Se autoriza el suministro de lentes para anteojos una vez cada cinco años en adultos y una vez cada año en niño, para la corrección de defectos de refracción que disminuyan la capacidad de visión, siempre que por razones médicas sea necesario su cambio en razón del efecto padecido.
- Medicamentos que no se encuentren autorizados en el MAPIPOS (Manual de Procedimientos e Intervenciones del POS) o las modificaciones determinadas a través de los Acuerdos emitidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

¹⁷ Acuerdo 08 de 2009. CRES

- Tratamiento con drogas o sustancias experimentales.
- Trasplantes de órganos diferentes a riñón, córnea, hígado, médula ósea y corazón.

Entre las prestaciones asistenciales también podemos encontrar: consulta médica electiva, servicios ambulatorios, atención de urgencias, atención hospitalaria, partos y cesáreas, servicio domiciliario y servicio catalogado como de alto costo. Los cuales han venido presentando un alza en su demanda desde el año 2005, tal y como lo demuestra el siguiente cuadro.

Servicios en el régimen contributivo¹⁸

Servicio	2005	2006	2007	2008
Consulta médica electiva	30.945.7758	37.238.940	42.699.554	43.583.461
Otros ambulatorios	78.639.783	81.594.443	87.867.304	89.686.211
Urgencias	6.741.465	6.290.660	7.905.893	8.069.550
Hospitalario	1.039.994	1.041.261	1.542.976	1.574.917
Partos y cesáreas	161.670	179.700	193.430	197.434
Domiciliario	186.885	321.964	205.804	210.064
Alto costo	155.424	197.430	224.758	229411
Total	117.873.002	126.866.403	140.639.719	143.551.047

¹⁸ CORTES GONZÁLEZ, Juan Carlos. Reforma al sistema de salud. Comentarios a la ley 1438 de 2011. Editorial Legis. 2011. Colombia. Pág. 29.

De igual manera el régimen contributivo cubre prestaciones económicas, las cuales son:

- Subsidio por incapacidad: Es el reconocimiento económico que se hace al afiliado cuando por accidente o enfermedad de origen común la persona cesa sus actividades laborales. Puede haber en consecuencia una incapacidad de carácter ambulatorio cuando la persona no requiere de hospitalización, en ese caso, la EPS reconocerá la prestación económica a partir del cuarto día de incapacidad, siempre y cuando el trabajador haya cotizado al menos cuatro semanas. Pero puede haber una incapacidad por internación, cuando la persona es internada en un centro médico por un periodo mínimo de 24 horas, en tal caso la EPS comenzará a reconocer el subsidio a partir del primer día. Esta prestación equivale a las 2/3 partes del IBC del afiliado y es reconocida por la EPS hasta por 180 días, luego la persona se remitirá a la AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías) para que sea remitida a la Junta Calificadora de Invalidez.
- Licencia de Maternidad: La ley 1468 de 2011 modificó el tiempo de duración de la licencia de maternidad, el cual a partir del segundo semestre de 2011 consta de 14 semanas. La licencia se remunera con el último salario devengado por la afiliada, y aplica tanto para la madre biológica como para la madre adoptante e incluso para el padre adoptante que no tiene cónyuge o compañera permanente. una modificación importante que trajo esta ley es que en el caso de los niños prematuros se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas, esto también se tendrá en cuenta en los casos de los partos múltiples, aumentando de esta manera la licencia en dos semanas más. En el caso de fallecimiento de la madre antes de

terminar la licencia, el empleador del padre le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que faltare para terminar el periodo de licencia. Sin embargo las 14 semanas de licencia se deben utilizar de la siguiente manera: 2 semanas son destinadas para el periodo preparto y 12 semanas restantes para el postparto, sin embargo la ley otorga una alternativa ya que en caso de que la madre desee trasladar una de las semanas de licencia previas al parto a las 12 semanas posteriores puede hacerlo. Adicionalmente se aclara que la licencia es de 14 semanas y por lo tanto si la madre no puede disfrutar de las 2 semanas preparto, estas se deben trasladar al periodo posterior al parto. Esto aplica de la misma manera para partos prematuros y para hijos adoptivos.

Es una prestación que, en principio, está a cargo del empleador, no obstante, éste la puede subrogar en una EPS; cabe anotar que anteriormente se exigía que la afiliada hubiese cotizado durante todo el periodo de gestación para tener derecho a esta licencia, sin embargo, la Corte Constitucional expresó que no es viable aplicar con absoluto rigor las normas en donde se exige un pago ininterrumpido durante todo el periodo de gestación por que se estaría dando prevalencia a lo formal sobre lo sustancial¹⁹. Es por eso que hoy en día la licencia de maternidad se otorga de manera proporcional al tiempo en que la trabajadora cotizó. Adicionalmente el Acuerdo 414 DE 2009 en sus Artículos 3 y 4 estableció la Liquidación de la licencia de maternidad para la mujer cotizante con un ingreso igual o inferior a un salario mínimo legal mensual vigente y regulo de igual forma la licencia de maternidad según el tiempo cotizado.

¹⁹ Sentencia T-022 de 2007.

- Licencia de Paternidad: Es una prestación económica de 8 días remunerados que se reconoce al padre según la Ley 755 de 2002, más conocida como la ley María, introdujo esta licencia de paternidad. Anteriormente se otorgaban 4 días de licencia en el caso en que el padre fuera el único cotizante y 8 días en el caso de que tanto la madre como el padre cotizaran al sistema de salud, sin embargo la Corte Constitucional consideró que esa diferencia atentaba en contra del principio de igualdad.²⁰ Por lo anterior, actualmente se otorga 8 días de licencia de paternidad sin importar si ambos padres o solo el padre cotiza al sistema de salud. Adicionalmente si la madre muere durante el parto, el padre accederá a esas 14 semanas de licencia o al tiempo que le faltare a la madre por terminar su licencia de maternidad que deberán ser reconocidas por el empleador.

Sumado a lo anterior, es importante tener en cuenta que para no afectar las prestaciones económicas y asistenciales antes mencionadas del Régimen Contributivo existen dos modalidades bajo las cuales se puede incurrir en incumplimiento al sistema y por lo tanto afectar estas prestaciones, las cuales son: la cotización deficitaria y la cotización morosa:

- Cotización deficitaria²¹: la cotización deficitaria sólo incide en relación a las prestaciones económicas, pero no tiene efectos en cuanto a las prestaciones asistenciales, ya que las atenciones médicas en salud, en principio, son iguales para todo el mundo, dado que están determinadas en el POS. Sin embargo, la consecuencia jurídica es que el empleador sólo se subroga parcialmente, debiendo asumir la diferencia entre el IBC sobre el cual cotizo y el salario real devengado por el trabajador. Lo anterior, por que el empleador tiene a su cargo una doble

²⁰ Sentencia C-174 de marzo 18 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²¹ La cotización deficitaria es aquella que se realiza sobre un IBC diferente al indicado en la ley.

responsabilidad: cotizar el porcentaje que le exige la ley calculado sobre el salario del trabajador y descontar de este el monto respectivo. En ese sentido, se constituye en el garante de la cotización y en caso de incumplimiento de su parte no se verá beneficiado por la subrogación en el Sistema. Al tratarse de un derecho irrenunciable, cualquier pacto entre el trabajador y el empleador para realizar aportes por un valor inferior es ineficaz, de tal suerte que, el trabajador puede exigirle el monto adeudado y el empleador no podrá escudarse en el supuesto acuerdo existente, en últimas, el empleador asume el riesgo derivado de las cotizaciones por debajo del IBC real.

- Cotización morosa²²: se clasifica en dos según el tiempo de mora:
 - a. Después de un mes de mora en el pago²³: Se suspende la afiliación de los trabajadores, es decir que, a partir de ese momento, ni el trabajador ni su grupo familiar van a tener atención médica (prestaciones asistenciales), y el trabajador no va a percibir las prestaciones económicas. En consecuencia el empleador deberá garantizar las prestaciones en salud. En todo caso, subsiste la obligación de pagar al Sistema los aportes adeudados más los intereses moratorios a que hubiere lugar, intereses que tienen la misma tasa del impuesto de rentas y complementarios. El único modo de levantar la suspensión es el pago de la totalidad del monto adeudado²⁴, y debe precisarse que cualquier pago adelantado se entiende imputado a los intereses en primer lugar. El artículo 4 del Decreto 47 de 2000 establece la obligación de las EPS de informar al cotizante incumplido sobre la posible desafiliación del sistema en salud.

²² La cotización morosa es aquella que se realiza por fuera de las fechas previstas en la ley

²³ Artículo 57, Decreto 806 de 1998

²⁴ Capital más intereses

b. Tres meses continuos de suspensión por mora: se genera la desafiliación del Sistema de Salud. El procedimiento para proceder a dicha desafiliación está regulado en el Decreto 1703/02 artículo 11, en donde se establece que la EPS debe enviar comunicación previa a la dirección del trabajador afiliado, indicándole la fecha en la cual procederá la desafiliación. Antes de tal fecha, el aportante puede lograr que se le restablezcan los servicios de salud efectuando el pago del capital e intereses adeudados. Pero si la desafiliación se hizo efectiva, es necesario para volver afiliarse al trabajador que el empleador pague totalmente las cotizaciones debidas, anteriormente, ello no obstaba para que operara la pérdida de la antigüedad, situación que incidía en aquellas prestaciones contenidas en el POS que exigen un número mínimo de semanas de antigüedad²⁵. Si al terminar la relación laboral, el empleador se encuentra en mora con el Sistema, el trabajador despedido no podrá iniciar un nuevo vínculo laboral hasta tanto no se ponga al día con las cotizaciones atrasadas. Precisamente, el artículo 29 en su párrafo primero de la Ley 789 de 2002 establece la obligación del empleador de entregar al trabajador despedido a más tardar dentro de los dos meses siguientes de la terminación de la relación laboral, los recibos de las cotizaciones al Sistema de los últimos tres meses, de lo contrario, el despido es calificado de ineficaz y en consecuencia, procede el reintegro del trabajador. Se observa pues que, la razón de ser de esta norma es otorgarle algún tipo de garantía al trabajador de que su antiguo patrono se encuentra al día con las cotizaciones y que por ende, tiene cobertura tanto él como su grupo familiar. La persona una vez

²⁵ La pérdida de la antigüedad desapareció como consecuencia de la mora en la cotización, gracias a que el Consejo de Estado declaró nulo el literal F del artículo 64 del Decreto 806 de 1996 (Radicado 175/06).

desafiliada del sistema continúa con atención por un lapso que depende de su antigüedad: si es superior a cinco años tiene derecho a tres meses de protección adicional; entre uno y cinco años: el período de protección es de un mes.

Gracias a la cotización al sistema de salud, el afiliado y su grupo familiar tienen garantizadas las prestaciones asistenciales, mientras que el afiliado cotizante, en forma exclusiva, tiene respaldadas las prestaciones económicas, tal y como ya fueron descritas y explicadas anteriormente.

En la actualidad el monto de la cotización al Sistema de salud es del 12.5% del ingreso base de cotización (IBC). El empleador debe asumir las dos terceras partes de esta, lo que equivale al 75% de la cotización, es decir el 8.5% y el trabajador debe asumir una tercera parte, es decir, el 25% de la cotización, lo que equivale al 4%. Si hablamos de un trabajador independiente, este debe asumir en su totalidad la cotización, la cual se calcula de acuerdo a sus ingresos. En el caso de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios la cotización se calcula sobre un 40% del valor mensual del contrato. El contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral²⁶. Por su parte, el IBC en una relación de trabajo dependiente se configura por todo lo que es el salario, por esa razón, las cotizaciones al Sistema no son uniformes, sino que varían dependiendo de las novedades que se presenten a lo largo del vínculo laboral. En complemento a lo anterior es importante tener en cuenta que un punto cinco (1,5) de la cotización será trasladado a la subcuenta de Solidaridad del FOSYGA para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional

²⁶ Artículo 18, Ley 1122 de 2007

reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%) .

En el Sistema de Salud se encuentran los afiliados y los beneficiarios,²⁷ y estos últimos son: cónyuge o compañera(o)²⁸ permanente e hijos menores de edad, si son mayores de 18 y menores de 25 años deben acreditar su calidad de estudiantes en un centro educativo reconocido certificado; a falta de estos, los padres sin pensión que dependan del cotizante económicamente; si ambos cónyuges cotizan, uno puede afiliarse a sus propios padres, por los que no hay que pagar ningún valor adicional a la cotización obligatoria. Pero además, se pueden afiliarse a niños menores de 12 años aunque no tengan vínculo de consanguinidad o a cualquier persona que éste dentro del tercer grado de consanguinidad, pagando una suma adicional, llamada Unidad de Pago por Capitación (UPC) que depende del sexo y el rango de edad de la persona que se va a afiliarse. Pero también, se financia el Sistema de Salud mediante: los copagos²⁹ que son un porcentaje del valor de la intervención que se le va a hacer al beneficiario quien es el único que debe pagarlos, tienen un tope anual máximo; y las cuotas moderadoras³⁰ que son una suma única que hay que pagar cada vez que se utilizan los servicios, la cual la pagan tanto los cotizantes como los beneficiarios y su valor dependerá del nivel económico en que se clasifican las personas.

Como se había enunciado anteriormente en el Sistema de Salud intervienen varias entidades, las cuales son:

Las entidades que administran salud: está en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Entidades del Régimen Subsidiado (EPS). La primera en el régimen contributivo que es aquel en que las personas realizan sus cotizaciones

²⁷ Artículo 34, Decreto 806 de 1998

²⁸ Sentencia C-521 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²⁹ Acuerdo 260 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

³⁰ Acuerdo 260 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

mensuales, la segunda en el régimen subsidiado, al cual pertenecen las personas que por sus especiales condiciones económicas y sociales no realizan aportes al Sistema, sino que se benefician de los servicios de salud que son subsidiados gracias a los aportes de las personas del régimen contributivo y del Estado colombiano.

Entre las entidades que prestan servicios asistenciales se encuentran: las Instituciones Prestadoras del Servicio (IPS) que pertenecen al sector privado y las Empresas Sociales del Estado (ESE) del sector público. Estas instituciones operan como centros médicos, hospitales, clínicas y en general, como centros asistenciales donde se les brinda a las personas los servicios relativos a urgencias, hospitalización, ayudas diagnósticas, cirugías, consultas, entre otros.

Además de las anteriores instituciones, existen otras que de igual manera se encuentran reguladas en la ley 100 de 1993, la cual designa 4 organismos reguladores del sistema general de seguridad social en salud: el Ministerio de Salud hoy conocido como Ministerio de la Protección Social³¹, la Superintendencia Nacional de Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud³² y Fondo de Solidaridad y Garantía. Posteriormente la Ley 1122 de 2007 crea un cuarto organismo, la Comisión de Regulación en Salud.

El Ministerio de la Protección Social es un organismo perteneciente a la rama ejecutiva responsable del desempeño del sistema de seguridad social en salud. Entre sus funciones se encuentra la de coordinar y apoyar la formulación de los planes de salud que deben adoptarse por las entidades territoriales, formular las políticas, planes y programas de subsidios, como instrumento para la financiación del aseguramiento y la prestación de servicios de salud, expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento en relación con los temas y regímenes tarifarios para el aseguramiento y prestación de servicios de salud, velar por la

³¹ El Ministerio de la Protección Social surgió de la fusión entre el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud. Art. 5, Ley 790 de 2002.

³² CNSSS

viabilidad y estabilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y gestionar los recursos requeridos para mejorar y hacer más eficiente su asignación, entre otras³³.

La Superintendencia Nacional de Salud es la institución encargada de la dirección y coordinación de las políticas de inspección, vigilancia y control del sector salud. Se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social, sin embargo posee autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente³⁴. Entre las funciones más importantes cabe resaltar: inspeccionar y controlar el desarrollo de la normatividad en lo relacionado con la operatividad del régimen subsidiado y contributivo, inspeccionar y vigilar a las personas y entidades que cumplan funciones de aseguramiento, administración o prestación de servicios, inspeccionar y vigilar la prestación de los planes de salud, ejercer inspección y vigilancia sobre las fuentes de financiamiento del Fondo de Solidaridad y Garantías.

El CNSSS es un organismo que se encuentra adscrito al Ministerio de la Protección Social, el cual fue creado por el artículo 171³⁵ de la Ley 100 de 1993. El artículo primero del acuerdo 031 de 1996 establece que: “El Consejo Nacional de Seguridad Social es un órgano permanente de dirección del sistema general de seguridad social en salud y de concertación entre los diversos agentes del mismo. Tendrá como objeto la adopción de medidas que permitan dirigir y orientar el sistema, dentro de los límites que le impone el cabal ejercicio de sus funciones”. Cabe anotar que desde la entrada en vigencia de la ley 1152 de 2007 este Consejo fue sustituido en sus labores más importantes por la Comisión de Regulación en Salud, también conocida como CRES. Entre sus funciones se encontraban: definir el POS del régimen contributivo y subsidiado, definir el monto

³³ Art. 4, Decreto 1152 de 1999

³⁴ Art. 1, Decreto 452 de 2000

³⁵ Artículo derogado por artículo 3 de la Ley 1122 de 2007, el cual crea la Comisión de Regulación en Salud – CRES-

de cotización de los afiliados, definir el valor de la UPC, actualizar el POS, entre otras.

La Comisión de Regulación en Salud, CRES, fue creada por la ley 1122 de 2007 como una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de la Protección Social con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial³⁶. Ésta se encuentra integrada por: el Ministro de la Protección Social, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y cinco comisionados expertos, designados por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados³⁷. Entre las funciones se encuentran: definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud, definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios, Definir el valor de la UPC, definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo, entre otras³⁸.

Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA): es un mecanismo regulador del mercado, la competencia y la complementariedad entre las diferente EPS. Adicionalmente regula la eficiencia de la asignación de los recursos para la promoción y el fomento a la salud que se les otorga a las EPS, actuando como un instrumento de financiación y cofinanciación de los riesgos catastróficos y de los accidentes de tráfico. Este fondo opera como un manejo de cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social y corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual cuenta con 4 subcuentas, las cuales son independientes

³⁶ Artículo 3, Ley 1122 de 2007

³⁷ Artículo 4, Ley 1122 de 2007

³⁸ Artículo 7, Ley 1122 de 2007

entre sí: 1) de compensación interna del régimen contributivo³⁹, sus recursos provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de cada EPS y el valor de las UPC⁴⁰; 2) de solidaridad con el régimen de subsidio en salud⁴¹, la cual se encarga de cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los afiliados del régimen subsidiado según sus normas, recibiendo un punto de cotización del régimen contributivo, aporte opcional de las cajas de compensación y aportes del presupuesto nacional; 3) de promoción de la salud⁴², con la cual se financian actividades de educación, información y fomento de la salud; y 4) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

Adicional a estas entidades que intervienen, que prestan servicios asistenciales y entidades reguladoras, existe también otro tipo de personajes que interactúan con el sistema, estos son los afiliados. Existen dos tipos de afiliados, aquellos que pertenecen al régimen contributivo y los que pertenecen al régimen subsidiado, los cuales se clasifican según el criterio de la capacidad o incapacidad de pago. Entre los afiliados del régimen contributivo se debe diferenciar entre aquellos que cotizan al sistema y entre los que se benefician del cotizante pertenecientes al grupo familiar de éste, quien es el sujeto encargado de realizar los aportes mensuales al sistema. Es importante resaltar que, sólo el cotizante tiene derecho a recibir las prestaciones económicas y las asistenciales, mientras que los beneficiados únicamente recibirán las atenciones derivadas de los servicios médicos⁴³.

En el sistema general de seguridad social en salud, nadie puede estar afiliado simultáneamente en el régimen contributivo y en el subsidiado, ni ostentar las calidades de cotizante y beneficiario al mismo tiempo, ni pertenecer a varias EPS de manera simultáneamente, por tanto los efectos de la multifiliación es la

³⁹ Artículo 220, Ley 100 de 1993

⁴⁰ Unidad de Pago por Capitación

⁴¹ Artículo 221, Ley 100 de 1993

⁴² Artículo 222, Ley 100 de 1993

⁴³ Cartilla de Seguridad Social y Pensiones. Editorial Legis. Año 2010. Pág. 135.

cancelación de la afiliación irregular, es decir, se cancela la condición de beneficiario y se le retira del régimen subsidiado⁴⁴.

En el caso de los beneficiarios, cuando se presentan problemas de evasión, no hay afiliación por tratarse de un beneficiario que debió ser cotizante, la persona deja entonces de ser beneficiario y debe rembolsar el valor de los gastos por concepto de prestaciones asistenciales, si por el contrario, la persona se encuentra inscrita en calidad de cotizante más de una vez, será válida la primera inscripción, privilegiando la antigüedad. Si se trata de un beneficiario que está afiliado como tal por dos cotizantes diferentes, se toma la primera inscripción por idénticas razones.

- **Régimen Subsidiado⁴⁵**

El régimen subsidiado tiene como finalidad esencial organizar y garantizar la cobertura con servicios de salud a la población colombiana definida como "pobre" sin capacidad de pago, mediante la utilización de subsidios, totales o parciales por parte del Estado. Este régimen, se estructura básicamente a través de las denominadas administradoras del régimen subsidiado, entidades encargadas de organizar y garantizar la prestación de servicios a la población cubierta por este régimen.

Este régimen se orienta a garantizar este derecho a la población más vulnerable de la sociedad y sin capacidad de pago, quienes se vinculan al sistema general de seguridad social en salud, a través del pago de una unidad de pago por capitación subsidiada (UPC-S).

Los criterios de identificación de la población beneficiaria de este sistema subsidiado han sido definidos por el CNSSS⁴⁶, el cual, a su vez, se ha

⁴⁴ Artículo 48-50, Decreto 806 de 1998

⁴⁵ Artículo 211, Ley 100 de 1993: "El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley".

encargado de ajustar la afiliación para garantizar la viabilidad y la estabilidad de la operación del mismo.

Tal y como lo señaló la Ley 100 de 1993 en su artículo 157: *“Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. El carácter del subsidio que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Las personas que cumplan con los criterios fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio.”*⁴⁷

Tal y como se demuestra, la ley ha previsto que los beneficiarios sean los grupos de población más pobre, con primacía los grupos más vulnerables, es por esto que existen dos métodos para identificar el grado de pobreza de los individuos, los cuales son:

- Necesidades básicas insatisfechas: este método comprende el estudio de la vivienda, su disponibilidad y calidad, la conexión a servicios básicos, el

⁴⁶ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

⁴⁷ Artículo 157, literal A, numeral 2, ley 100 de 1993.

grado de dependencia de la familia de un solo generador de ingresos y el acceso de los hijos a la educación primaria como los indicadores más comunes. Con base en censos o encuestas de hogares, se identifica a las familias que carecen al menos de alguno de estos atributos y se los clasifica como en estado de miseria.

- Línea de pobreza: este método identifica el nivel de ingreso que podría considerarse suficiente para una vida decorosa.

Debido a que las necesidades básicas de los individuos cambian con el tiempo, los indicadores pierden su prevalencia, por tanto el Gobierno Nacional, por mandato de la ley 60 de 1993⁴⁸, ha desarrollado una metodología más completa de identificación de beneficiarios de los subsidios del Estado-SISBEN⁴⁹, que fue aprobado por el CONPES SOCIAL⁵⁰.

El nuevo sistema de clasificación SISBEN según el Ministerio de Protección Social es el método más indicado para la asignación de los subsidios en salud, ya que es un indicador sintético de vida a partir de la evolución econométrica de 150 variables que pueden obtenerse con encuesta de hogares. Estas variables que incluyen tenencia de activos físicos como vivienda y servicios públicos, tenencia de propiedad raíz o activos financieros, la educación de los padres y los niños, la ocupación de todos los miembros del hogar, características socio demográficas tales como tamaño y estructura básica de las familias y de su ubicación geográfica, así como ingresos monetarios y no monetarios.

⁴⁸ Por la cual se dictan los elementos generales para la focalización del gasto social y se dan recomendaciones al Conpes Social para que fije cada tres años los criterios para la determinación, identificación y selección.

de beneficiarios de programas sociales

⁴⁹ Sistema de Selección de Beneficiarios

⁵⁰ Consejo Nacional de Política Económica y Social creado por la Ley 19 de 1958.

Con esta información, que se le exige después a cada familia potencialmente beneficiaria del subsidio, se aplican unos factores de ponderación que permiten clasificar las familias en seis niveles, de acuerdo a su calidad de vida.

Los subsidios que otorga el sistema mediante este régimen se financiaban según la ley 60 de 1993 y la ley 100 de 1993, con recursos de la Nación, el Departamento, el Municipio y por contribuciones de solidaridad que deben realizar todas las personas con capacidad de pago. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1438 de 2011 que estableció que la “UPC del Régimen Subsidiado se financiaría con los siguientes recursos:

1) De las entidades territoriales:

1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, se destinarán al Régimen Subsidiado partiendo como mínimo del sesenta y cinco por ciento (65%) de acuerdo con el plan de transformación concertado entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales hasta llegar al ochenta por ciento (80%) a más tardar en el año 2015. En todo caso el 10% del Sistema General de Participaciones para Salud se destinará a financiar las acciones en salud pública. El porcentaje restante se destinará a financiar prioritariamente la prestación de servicios en aquellos lugares donde solo el Estado está en capacidad de prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia y/o subsidios a la demanda, de acuerdo con los planes financieros y de transformación de recursos que presenten las entidades territoriales, los cuales deberán ser avalados de manera conjunta por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público.

2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Estos recursos se girarán directamente a la cuenta de la entidad territorial en el fondo de financiamiento del régimen subsidiado y se contabilizarán como esfuerzo

propio territorial serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen Subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial y no podrán disminuirse serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

4. Los recursos de regalías serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado.

2) Del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA)

1. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.

2. El monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

3. Recursos del Presupuesto General de la Nación que a partir del monto asignado para el año 2010, que se requieran de manera progresiva para la universalización de la cobertura y la unificación de los planes de beneficios, una vez aplicadas las demás fuentes que financian el Régimen Subsidiado.

4. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley.

5. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones.

3) Otros

1. Recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010.

2. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado.

3. Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.⁵¹

La administración del régimen subsidiado se encuentra a cargo de los entes territoriales mediante el control y seguimiento del aseguramiento en cada jurisdicción. Así mismo, es obligación de ellos garantizar el acceso oportuno y la calidad del Plan de Beneficios. Las entidades territoriales recibirán directamente la UPC de las EPS que será girado por el Ministerio de la Protección Social, de igual manera el Ministerio puede hacer pagos directos a las IPS⁵².

1.3. Derecho a la Salud

Hoy La Corte Constitucional ha manifestado que: “El derecho a la salud es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana desde la concepción hasta la muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales y poner todos los medios ordinarios para la prevención de enfermedades así como para la

⁵¹ Artículo 44. Ley 1438 de 2011.

⁵² Artículo 29. Ley 1438 de 2011.

recuperación”⁵³, por lo tanto, de acuerdo al criterio de la honorable Corte Constitucional el cual el derecho a la salud es un derecho fundamental y como derecho fundamental cuenta con mecanismos de protección como la acción de tutela.

Sin embargo no siempre fue así, ya que anteriormente el derecho a la salud tuvo diferentes criterios de interpretación, los cuales fueron:

- El derecho a la salud como un derecho fundamental por conexidad: en razón a que no siendo nominado como un derecho fundamental expresamente en la Constitución Política, existe una relación íntima con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la dignidad humana, de tal forma que si el derecho a la salud no es protegido de forma inmediata daría lugar a la afectación o vulneración de los segundos derechos que si se encuentran protegidos como derechos fundamentales; es decir, cuando es afectada la salud de un ciudadano, en donde se encuentra en riesgo su vida, este puede ser protegido por el mecanismo de la acción de tutela, ya que si se vulnera el derecho a la salud se estará vulnerando el derecho fundamental a la vida. Como lo estableció la Corte en su sentencia T-571 de 1992: “El caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner el peligro su derecho a la vida”.
- El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo: el derecho a la salud está ubicado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia por fuera del Capítulo I sobre los Derechos Fundamentales, sin embargo, en la Sentencia SU-480 de 1997 se encuentra un análisis del derecho a la salud en relación con los derechos fundamentales, de la obligación del Estado, del traslado de esta obligación a los

⁵³ Sentencia T-447 de octubre 13 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo

particulares, de los decretos y de los planes de seguridad social⁵⁴. Existen dos teorías acerca del carácter fundamental del derecho a la salud. La teoría restrictiva le atribuye esta categoría cuando se relaciona de manera grave y directa con la vida, en tanto que la teoría amplia incluye también situaciones que afectan el mínimo vital, es decir la condición necesaria para el desempeño físico y social en lo que se considera vida normal. En Colombia se aplica la teoría amplia como derecho fundamental.

- El derecho a la salud como un servicio público: la seguridad social, la salud y el saneamiento ambiental, obligan al Estado a una prestación que se consagra “inherente a la finalidad social del Estado”⁵⁵ sea que los preste directamente o indirectamente. Los servicios públicos⁵⁶ de oportunidad, continuidad, eficiencia y los demás principios de la Seguridad Social, establecidos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y en la ley 100/93.

⁵⁴ Sentencia SU-480 del 25 de septiembre de 1997

⁵⁵ Artículo 365 Constitución Política de Colombia.

⁵⁶ Sentencia T328 DE 1998 M.P. Fabio Morón Días.

2. UNIFICACIÓN DEL POS Y POSS: DERECHO A LA SALUD Y A LA IGUALDAD

Colombia viene enfrentando hace décadas una crisis a la salud, la cual se ha ido agudizando con el pasar del tiempo lo que condujo, como ya se explicará más adelante en el capítulo 3, a que la Corte Constitucional en el año 2008 ordenara, por medio de la sentencia T-760, a la actualización y unificación de los servicios que reciben los afiliados y beneficiarios del régimen subsidiado y contributivo. Sin embargo, dicha decisión no tuvo acogida inmediata, sino por el contrario el gobierno colombiano dejó que la crisis a la salud avanzara lo que dio lugar a que en el año 2010 el Gobierno tomara la decisión de declarar el Estado de Emergencia Social, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional y será explicado en el capítulo 3. A pesar de lo anterior, el gobierno tenía que encontrar el mecanismo más adecuado para enfrentar la crisis a la salud, por lo cual expidió la ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reformó el sistema a la salud y se pretendió resolver muchos de los problemas que generaron la crisis a la salud y que será tratado más adelante.

La sentencia T 760 de 2008 constituye el primer paso para llegar a lo que hoy conocemos como la ley de reforma al Sistema de salud. Por tanto, es importante mencionar los principales puntos de la sentencia con sus fundamentos para así poder entender la importancia y la relevancia de esta evolución.

El 31 de julio de 2008 la Corte Constitucional profirió la sentencia T-760, por medio de la cual ordenó, principalmente, la actualización y unificación del Plan Obligatorio de Salud. En la sentencia se encuentran recopiladas veinte tutelas de ciudadanos que requerían acceder a un servicio de salud y dos tutelas de EPS contra el Ministerio de la Protección Social y el Consejo Superior de la Judicatura en donde exigían que se regulara el tema de recobros al FOSYGA.

La sentencia parte del punto de considerar una violación al derecho a la salud el hecho de que actualmente existan dos planes de salud, uno destinado a la población que contribuye económicamente al sistema y otro a la población sin capacidad económica y por tanto que, se encuentra subsidiada. Además considera que ésta situación se ve agravada en el caso de los niños al incluirse éstos dentro de los sujetos que tienen protección especial. Adicionalmente, la Corte manifiesta que un gran número de tutelas que se radican cada año tienen como fundamento un servicio de salud, procedimiento o medicamento, del cual no se tiene certeza sobre su inclusión o exclusión del POS, tal y como se verá en la siguiente tabla.

Año	Número	Participación en total de tutelas
1999	21.301	24.7%
2000	24.843	18.9%
2001	34.319	25.8%
2002	42.734	29.7%
2003	51.944	34.8%
2004	72.033	36.4%
2005	81.017	36.1%

⁵⁷

La Corte retoma brevemente su posición acerca del derecho a la salud como derecho fundamental, pero cabe recordar que este no se encuentra consagrado

⁵⁷ Informe de la Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud; periodo 2003-2005”, a partir de datos de la Corte Constitucional.

expresamente en la Constitución Política Colombiana como un derecho fundamental, sino por el contrario se encuentra incluido en la Constitución Política de Colombia de 1991 capítulo 2 artículo 42 dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como derechos de tercera generación. Es por esto que la honorable Corte reitera la evolución que ha tenido este derecho a nivel jurisprudencial. En primer lugar, se dijo que existía una relación de conexidad con el derecho a la vida, derecho a la integridad personal y a la dignidad humana. En un segundo momento, se afirmó que éste era fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección. Y finalmente, la actual posición indica que el derecho a la salud en Colombia es un derecho fundamental por sí solo, de manera autónoma⁵⁸. La Corte no se extiende mucho en esta evolución, simplemente parte de la afirmación que este derecho es considerado un derecho fundamental debido a su aplicación inmediata⁵⁹ y a la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona⁶⁰, tal y como se explicó anteriormente.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 162 señala que el POS deberá tener una cobertura universal para el año 2010, y para ese mismo año el plan del régimen subsidiado deberá igualarse al plan prestado para el régimen contributivo en salud. En el párrafo dos del mismo artículo se establece la obligación a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de actualizar el Plan Obligatorio de Salud teniendo en cuenta “los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema”. Sin embargo, la Corte demuestra claramente las violaciones que hoy se están cometiendo en contra del sistema al contar actualmente con dos planes de salud y adicionalmente al no haberse actualizado teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la ley 100 de 1993, entre otras fallas en la prestación del servicio.

⁵⁸ Sentencia T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

⁵⁹ Sentencia SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁰ Sentencia T-227 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Respecto al contenido del POS cabe anotar que la ley 100 de 1993 otorgó la facultad de definir el contenido de este a la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud⁶¹, a su vez la Ley 1122 de 2007 atribuyó las mismas funciones a la Comisión de Regulación en Salud. Desde el año 1994 hasta el día de hoy se han presentado numerosos acuerdos⁶² en donde se han agregado procedimientos, tratamientos y medicamentos al POS. Sin embargo, estos cambios no son propiamente una actualización del POS, al menos no cumpliendo con los requisitos legales, por tanto, es necesario que se hagan ajustes puntuales y una revisión sistemática para poder hablar de una verdadera actualización.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional considera desde su pronunciamiento en la sentencia T-760 del 2008, que el POS actual no puede aplicarse de manera estricta porque éste no se encuentra actualizado y porque su contenido en ciertos temas no es muy claro. Un ejemplo muy claro que presenta la Corte en la sentencia es el de los insumos como el lente intraocular, el cual no se encuentra previsto expresamente en el POS⁶³, pero se encuentra consagrado dentro de los procedimientos del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud (MAPIPOS)⁶⁴. Y para este caso en especial se presentaron dos posiciones en vista de que el POS se quedaba corto, en primer lugar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público consideró que este insumo intraocular no se encontraba incluido dentro del POS ya que expresamente no lo consagraba la Resolución 5261 de 1994, en el otro lado el Ministerio de la Protección Social y la Corte Constitucional consideraron que éste insumo se encontraba incluido dentro del POS, ya que al encontrarse en el MAPIPOS la EPS debía reconocer la intervención, procedimiento, actividad quirúrgica y los medicamentos. Empero la Corte tomó dos posiciones de

⁶¹ Acuerdo 8 de 1994 (MAPIPOS), Acuerdo 83, 106 y 107 (Medicamentos) y Acuerdo 228 de 2002

⁶² Acuerdo 228 y 226 de 2002, Acuerdo 263 y 282 de 2004, Acuerdo 49, 72, 289, 302, 306 y 313 de 2005, Acuerdo 350 de 2006, Acuerdo 368 de 2007 y Acuerdo 380 de 2008

⁶³ Resolución 5261 de 1994

⁶⁴ Artículo 54, códigos 2905 y 2906 del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud.

interpretación, en primer lugar el criterio finalista el cual señala que el objetivo último es la recuperación de la salud del individuo y para este fin se debe tener en cuenta el principio de integralidad⁶⁵. La segunda posición señala que en caso de existir una duda con respecto al contenido del POS, se debe tomar la interpretación que sea más favorable para el individuo⁶⁶.

Es por esto, que la Corte en la parte resolutive de la sentencia ordena la actualización y unificación de los servicios que se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado, y establece ésta obligación en cabeza de la Comisión Nacional de Regulación en Salud.

Respecto a los servicios que actualmente se prestan para el régimen subsidiado y contributivo, la Corte diferencia en el tratamiento que se le debe dar a éste en el caso de los niños, ordenando su actualización y unificación, ya que al ser estos considerados como sujetos de protección especial, ordena que la unificación de los planes de ellos se debe hacer en el corto plazo y por eso en la parte resolutive da como fecha limite el primero de octubre de 2009 y en el caso de que se incumpliera esa fecha se debería entender que el POS contributivo aplica también a los niños del régimen subsidiado. Cabe aclarar que esta fecha no se cumplió, ya que la unificación de los servicios de los niños se realizó el 1 de enero de 2010.

En el caso de la unificación de los adultos, la Corte en la sentencia en comento recuerda que el legislador había predicado la progresividad del régimen subsidiado, el cual debería hacerse de manera gradual teniendo en cuenta los recursos del Estado⁶⁷. Sin embargo, en el momento en que se expidió la sentencia no existían ni cronogramas, ni planes que nos hagan pensar que esa unificación

⁶⁵ “...en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud.” Sentencia T-760 de 2008.

⁶⁶ Pro Homine

⁶⁷ Sentencia C-599 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

se va a llevar a cabo algún día, por lo cual la Corte ordena que la unificación se haga de acuerdo a un cronograma que se debe crear para el caso.

Finalmente, la Corte fundamenta su posición en el derecho fundamental a la salud y a la igualdad, los cuales se tratarán a continuación.

El derecho a la salud comprende “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto una acción de conservación y otra de restablecimiento”⁶⁸.

Para comenzar nos podemos preguntar ¿existe un derecho a la salud o un derecho a la atención de la salud? Por derecho a la salud, se entiende como el equivalente que tiene toda persona a mantenerse sano, a no enfermarse, lo que es muy difícil de poder garantizar para cualquier persona, entidad o Estado. Por otro lado el derecho a la atención a la salud hace alusión a la prestación de un servicio establecido en el modelo asistencialista, dejando a un lado los mecanismos de promoción y prevención de salud. Frente a este concepto el autor Rashi Fein dice que la salud es un bien primario aduciendo que “la frase el derecho a la salud encierra mucho más que la posibilidad de permitir que las personas compren por el suministro en servicios de atención medica si los encuentran, si los desean y si disponen de los medios necesarios para hacerlo. El derecho a la atención de la salud implica una preocupación por el suministro de servicios y por la eliminación de las barreras económicas que impiden su utilización”⁶⁹.

Por lo anterior, se puede deducir que lo más adecuado es decir DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD, ya que este encierra tanto el derecho a la salud

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo M.

⁶⁹ FEIN Rashi. The Right to Health as a Human Right. En el Seminario celebrado en la Haya el 27 de Julio de 1978

desde lo individual como el derecho a la atención a la salud que implica la prevención y promoción de esta tanto desde lo individual como colectivo.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 49 consagra el derecho a la atención de la salud y saneamiento ambiental, y en su artículo 44 consagra el derecho a la salud para los niños como derecho fundamental, lo que demuestra que para el constituyente del 91 no había claridad sobre los términos.

La Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha establecido que “el artículo 48 de la Carta consagra la seguridad social como derecho irrenunciable de los habitantes y como servicio público que se prestara bajo la dirección, coordinación y control del Estado, dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que la ley prevea”⁷⁰.

Según los artículos citados anteriormente, se puede establecer que la salud es un derecho constitucional, es un derecho de segunda generación ubicado en los derechos económicos y sociales, ya que la salud colectiva presupone la salud de los individuos y viceversa. Adicionalmente, la salud es un servicio público esencial, con carácter irrenunciable según lo establecido en la ley y en la Constitución Política. De igual manera la Corte Constitucional estableció que el “derecho a la salud y a la seguridad social, por su contenido económico se han considerado como una categoría especial de derechos, diferente a los derechos constitucionales fundamentales. El constituyente los reguló en un capítulo diferente, considerándolos como derechos sociales, económicos y culturales. Así se garantiza el acceso a mecanismos que permitan tener salud y seguridad adecuadas, pero no a ellas mismas porque escapan a las posibilidades de un Estado”⁷¹.

En la Constitución Política la salud no se encuentra consagrado como un derecho fundamental debido a su ubicación en los derechos económicos sociales y

⁷⁰ Corte Constitucional Sentencia T-330 del 18 de julio de 1994 M.P. José Gregorio Hernández G.

⁷¹ Corte Constitucional Sentencia T236 del 21 de mayo de 1998 M.P. Fabio Moron Díaz

culturales en el capítulo 2 de la Constitución Política, a lo que la Corte Constitucional ha establecido frente al tema lo siguiente “el derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como derecho fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria y pueden ser objeto allí del control de tutela”⁷².

En suma podemos decir que el derecho a la salud es un concepto amplio con multiplicidad de interpretaciones, pero que en Colombia por un pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008 consagró el derecho a la salud como un derecho fundamental no solo para los niños sino para todas las personas del territorio colombiano, y por tanto este deberá ser respetado y exigido como tal.

Paralelamente se encuentra el derecho a la igualdad, el cual fue definido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008 de la siguiente manera: “Ese principio de igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta,

⁷² Corte Constitucional. Sala de Revisión No 5. Sentencia T-482 del 13 de agosto de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normatividad a supuestos distintos. Con este concepto solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado”⁷³.

El principio y el derecho a la igualdad hace referencia a diferentes expresiones como: la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones a favor de personas o grupos discriminados por su condición económica, física o mental, que dé lugar a una clara debilidad, señalado en Colombia en el artículo 13: “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” ⁷⁴, es decir, que la ley es igual para todos, ya que esta reúne las características de universalidad y generalidad.

El derecho a la igualdad intenta colocar a las personas que se encuentran en una situación diferente o en inferioridad en un plano de igualdad, de tal manera que no se establezcan privilegios para excluir a personas sobre derechos que tienen otras, debido a que el derecho o principio a la igualdad conlleva a que el Estado se abstenga de realizar cualquier acción que conduzca a la diferenciación arbitraria, injustificada y no razonable, basándose en que el derecho a la igualdad es un derecho subjetivo destinado a conseguir un trato igual entre todas las personas en todos los aspectos o situaciones similares para evitar la discriminación.

Se establece que la igualdad debe ser tanto en términos formales como materiales, donde esta es el goce pleno de los derechos fundamentales por parte de todas las personas, teniendo como acompañante fundamental al Estado para alcanzar el goce de estos derechos.

⁷³ Sentencia T-760 de 2008

⁷⁴ Artículo 13 Constitución Política Colombiana.

El papel del Estado Social de Derecho consiste, en “crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social”⁷⁵, es decir, “con el término „social” se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a las personas condiciones de vida dignas, realizando acciones para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”⁷⁶, esto por medio de los mecanismos que la Constitución Política le otorgó al Estado establecido en su artículo 334 inciso 2 donde señala “asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”⁷⁷. Adicionalmente, el Estado representa una garantía para las personas que están expuestas a la trasgresión de algún derecho que ponga en peligro su calidad de vida, ya que todas las personas merecen el mismo trato y respeto en una sociedad democrática como la colombiana.

Es a partir precisamente del artículo 13, en concordancia con los artículos 1, 2, 11 y 85 de la Constitución que la jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un principio el derecho fundamental al mínimo vital, el cual adquiere especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, en virtud del artículo 334 Superior.

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional estableció “no todos los asociados pueden ni deben tributar exactamente igual, sino que a la ley corresponde medir y distribuir las cargas. Y ello, según las capacidades y de acuerdo con la posición y necesidades de los distintos sectores sociales, teniendo en cuenta también la magnitud de los beneficios que cada uno de ellos recibe del Estado y las responsabilidades que, según su actividad, deben asumir; es la

⁷⁵ WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, Estudios sobre Estado de Derecho y democracia. Ed. Trotta, Madrid 2000, p. 37.

⁷⁶ Sentencia SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷⁷ Artículo 334 inc. 2° Constitución Política

propia ley la encargada de señalar la cobertura de las normas tributarias y de establecer la mayor o menor medida en que cada uno tribute”⁷⁸.

En esa medida, se estableció en la misma providencia que compete al legislador tributario “evaluar, junto con los objetivos del recaudo, la equidad de las obligaciones que impone, la progresividad de las contribuciones y las distintas situaciones en que pueden encontrarse los contribuyentes”⁷⁹.

De igual manera la Corte ha precisado “que se busca a través del diseño de instrumentos y políticas que procuren una mejor redistribución de la renta global del país, y del logro de una mejora relativa en los segmentos más pobres de la sociedad, a través del incremento cualitativo y cuantitativo de los servicios públicos.”⁸⁰

Finalmente podremos concluir que tanto el principio de igualdad como el derecho a la salud hacen parte de los argumentos más fuertes que estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 para ordenar la actualización y unificación de los servicios contenidos en el régimen contributivo y subsidiado, esto debido a las diferencias tan marcadas que existen aún entre los servicios de los regímenes de salud, ya que el ser pobre no justifica un trato desigual en la prestación de los servicios.

⁷⁸ Sentencia C-080 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz

⁷⁹ Sentencia C-925 de 2000 M.P. Enrique Abad Fernández

⁸⁰ Sentencia C-080 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

3. REFORMA A LA SALUD. LEY 1438 DE 2011

La ley 100 de 1993 reformó el sistema de seguridad social en salud al incorporar nuevos elementos como un sistema de aseguramiento subsidiado y uno contributivo. Sin embargo ésta ley no incorporó todos los mecanismos necesarios para que el sistema funcionara apropiadamente lo que ocasionó que se presentaran múltiples problemas que afectaron al sistema de manera paulatina. Entre los problemas que se presentaron posteriores a su promulgación encontramos el reconocimiento de servicios no incluidos en el POS y el recobro de éstos ante el FOSYGA.

El sistema de seguridad social cuenta con unos servicios y medicamentos que se reconocen a los usuarios por medio del POS, sin embargo los usuarios fueron requiriendo servicios que no se encontraban en esta lista autorizada y que en muchos casos la no prestación de estos servicios implicada la afectación de un derecho fundamental, como la vida. Es por esto que poco a poco fueron siendo reconocidos pero al no encontrarse éstos incluidos en el POSS-S y al no estar incorporados en los cálculos económicos, estos comenzaron a comprometer los recursos destinados al aseguramiento general afectando de esta manera la liquidez de las EPS debido a que estas se vieron obligadas a reconocer, por decisión judicial, estos servicios y recobrar posteriormente el valor ante el FOSYGA.

La Corte Constitucional al observar esta situación decidió tomar acciones para prevenir un deterioro aún mayor del sistema, y es por esto que el 31 de julio de 2008 expidió la sentencia T-760 por medio de la cual ordenó la actualización y unificación del POS, entre otras medidas, y estableció fechas específicas para que se cumpliera el cronograma sin más excusas.

En consecuencia el 23 de diciembre de 2009 el gobierno se vio obligado a expedir un decreto por medio del cual declaró el Estado de Emergencia Social y facultó al presidente de la república a expedir decretos legislativos aduciendo que existían hechos que amenazaban con perturbar en forma grave e inminente el orden social y económico del país y que por lo tanto podría acarrear una grave calamidad pública. El decreto de declaratoria y los demás decretos que se expidieron a su amparo fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional debido a que a juicio de ésta dichos hechos no habían aparecido de forma inminente y que por lo tanto contaban con mecanismos alternos y más adecuados para solucionarlos. Sin embargo, fueron alarmantes los datos y cifras que se encontraron como sustento en dichos decretos ya que probaban la situación actual en la que se encontraba el sistema.

El decreto de declaratoria del Estado de Emergencia Social, decreto 4975 de 2009, afirma “que un problema muy grande que se está presentando en el reconocimiento de los servicios NO POS y es el hecho de que no existe un mecanismo para identificar cuando dichos servicios son necesarios y cuando constituyen un abuso por parte de los usuarios. Adicionalmente afirma que la viabilidad del sistema se está viendo comprometida porque los recursos destinados al sistema se están destinando en gran medida a costear los servicios NO POS. Tal afirmación es demostrada con datos como estos: en el régimen contributivo el número de recobros presentados al FOSYGA por servicios NO POS se incrementó de 835.000 en 2007 a 2.000.000 en 2009, esto equivale a decir que aumento de \$626 mil millones a \$1.85 billones de pesos, esto demuestra un crecimiento de un 239% en el número de recobros y un 280% en el valor de esos recobros. Adicionalmente, el Gobierno demuestra que el único problema no yace en los servicios NO POS, sino también en el procedimiento que se da a los recobros ante el FOSYGA, debido a que según información proporcionada por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, AFIDRO, en algunos casos el valor del recobro excede el valor real del medicamento y en

otros casos el número de medicamentos vendidos que reportan los laboratorios excede el número de medicamentos recobrados por las EPS al FOSYGA . Otro problema que se presenta con los recobros son las fallas y demoras que se presentan en el reconocimiento de éstos, lo cual se manifiesta en un riesgo inminente de incurrir en la interrupción de la prestación de los servicios a los usuarios”⁸¹.

Adicionalmente, el déficit corriente por la prestación de servicios de salud se duplicó pasando de \$409.187 millones en el año 2008 a \$885.237 millones en el 2009, esto demuestra un crecimiento de un 116%.

El decreto 4976 de 2009, se centró en el tema de los recobros y en las demoras y fallas en el flujo de recursos para la financiación del sistema debido a que los trámites y procedimientos resultan insuficientes. Adicionalmente, en este se afirmó que existen recursos proveniente de la liquidación de contratos del régimen subsidiado que aun no han podido ser incorporados y utilizados por el sistema porque los gobernadores y alcaldes no han liquidados dichos contratos amparándose en la ley 1122 de 2007 que les otorga un término para que dichos contratos sean liquidados de mutuo acuerdo con las EPS.

El decreto 126 de 2010, se enfocó en regular el tema de los recursos que no son utilizados para financiar el sistema, sino que por el contrario se destinan a fines distintos. Y es por eso que afirmaron, de acuerdo a información proporcionada por AFIDRO, que existen irregularidades en los recobros debido a que el valor que se reporta ante el FOSYGA supera el valor real del medicamento y en otros casos el número de medicamentos recobrados supera el número de medicamentos vendidos por los laboratorios.

Aunque los decretos tocaban temas que necesitaban intervención, la Corte consideró que dichas medidas debían ser tomadas por medio de otros mecanismos diferentes. Es por esto, que una vez se posesionó el nuevo

⁸¹ Acuerdo 4975 de 2009. Pag.1-3.

Presidente de la Republica, una de las primeras medidas que se tomaron consistió en presentar un proyecto de ley por medio del cual se buscaba una reforma al sistema de salud. Y es así, como el 19 de enero se expidió la ley 1438 de 2011.

Por lo anterior y debido a que estaba llegando a su final el tiempo de su mandato, Álvaro Uribe Vélez decide dejarle al nuevo Gobierno, el de Juan Manuel Santos, dicha tarea. Es por esto que el 19 de enero de 2011 fue sancionada por el presidente Juan Manuel Santos la ley 1438 de 2011, cuyo fin principal es el fortalecimiento del sistema al promover la salud de la población teniendo en cuenta herramientas como, la universalidad de la prestación del servicio, la unificación de los planes de salud y la preservación de la sostenibilidad financiera⁸². Ésta ley es de origen parlamentario, a diferencia de los decretos de emergencia social que fueron de origen ejecutivo, se le dio trámite de ley ordinaria y es considerada como una reforma conceptual sobre el modelo de aseguramiento. No es una reforma estructural porque no se modifican las condiciones esenciales del modelo actual de aseguramiento, como lo son la financiación, organización, operación, derechos, beneficios, etc.

Con esta ley se busca enfrentar todos los vicios, errores y vacíos que contiene la ley 100 de 1993, la cual para muchos expertos de la materia fue esta ley la gran desencadenante de la crisis actual de la salud. Sin embargo a pesar de la orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 y de todos los esfuerzos realizados por el Gobierno actual solo se ha logrado unificar y actualizar el POS y POSS de salud de los niños y niñas entendidos aquellos entre los 0 y los 12 años de edad, a partir del 1 de enero de 2010⁸³.

Esta ley incluyo nuevos principios a los establecidos en el artículo 153 de la ley 100 de 1993 como: igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque

⁸² Artículo 1 y 2. Ley 1438 del 19 de enero de 2011.

⁸³ Acuerdo 004, Comisión de Regulación en Salud, 1 de octubre de 2009. Acuerdo 08 de 2009. CRES.

diferencial, equidad, calidad, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transferencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad; para dar un mejor desarrollo al objetivo de la ley⁸⁴.

Con respecto al tema de infancia y adolescencia esta ley establece una atención preferente y diferencial, para este propósito se dividen en 3 grupos dependiendo de la edad, en primer lugar están los niños de 0 a 6 años de edad, en segundo los de 6 a 14 años y por último los que están entre los 14 a 18 años. Esta diferenciación se hace con el fin de prestar una efectiva prevención, una detección temprana y un tratamiento adecuado de acuerdo a las exigencias de cada edad⁸⁵. Adicionalmente a los niños y adolescentes clasificados en los niveles 1y 2 del SISBEN tienen todos los servicios y medicamentos gratis en el caso de que sufran de discapacidades físicas, sensoriales y/o cognitivas, o enfermedades catastróficas y ruinosas⁸⁶.

Las peticiones de medicamentos o servicios NO POS en la cual existe una prescripción del profesional se realiza ante el Comité Técnico Científico, el cual tendrá un plazo máximo de 2 días para fallar⁸⁷, pero la ley no establece cual será la sanción en caso de que el Comité Técnico Científico no se pronuncie dentro de los dos días siguientes a la solicitud, ni cuales serian los mecanismos o herramientas que el afiliado tendría en caso del no pronunciamiento a tiempo por el Comité⁸⁸. En caso de que el reconocimiento no sea aceptado por el Comité, el usuario tiene la opción de acudir en segunda instancia a la Junta Técnica Científica de Pares formada por la Superintendencia Nacional de Salud, la cual tiene 7 días para resolver .

⁸⁴ Artículo 3. Ley 1438 del 19 de enero de 2011.

⁸⁵ Artículo 17-21. Ley 1438 de 2011

⁸⁶ Artículo 18. Ley 1438 de 2011.

⁸⁷ Artículo 26. Ley 1438 de 2011.

⁸⁸ Artículo 26 de la ley 1438 de enero 19 de 2011.

Se impone una nueva prescripción para los empleadores que no han reclamado las prestaciones económicas a la EPS, la cual sería de 3 años⁸⁹.

Se crea una figura especial para el caso de los trabajadores que no desean ser desvinculados del Régimen Subsidiado aunque se encuentren vinculados a un contrato de trabajo. En primer lugar se encuentran aquellos conocidos como trabajadores temporales o jornaleros que reciben menos de un salario mínimo mensual, aquí el empleador deberá aportar al Régimen Subsidiado el valor que en proporción por el trabajador debería aportar al Régimen Contributivo. Cabe aclarar que no existe derecho al reconocimiento de prestaciones económicas como licencias o incapacidades. En el segundo caso el trabajador que devengue un salario mínimo o mas pero aún así no desea ser desvinculado del sistema subsidiado, le corresponde al empleador y trabajador pagar el mismo valor que pagarían al Régimen Contributivo y éste valor se compensa a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA. En este caso si se reconoce el derecho a prestaciones económicas. Cabe anotar que hoy en día muchos de los problemas que se presentan con respecto a este tipo de trabajadores radica en el hecho de que existen evasiones a los pagos de seguridad social para evitar que el trabajador pierda la afiliación al régimen subsidiado, es por eso que es viable afirmar que este artículo apunta a mejorar una deficiencia que se venía presentando con regularidad⁹⁰.

Se establece una actualización integral del Plan de Beneficios cada 2 años, y la primera actualización debe hacerse antes del primero de diciembre de 2011. Esta actualización debe atender a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios⁹¹.

⁸⁹ Artículo 28. Ley 1438 de 2011.

⁹⁰ Artículo 35 de la ley 1438 de enero 19 de 2011.

⁹¹ Artículo 25. Ley 1438 de 2011.

Se crea el observatorio Nacional en Salud, el cual actuará como una dependencia del Instituto Nacional de Salud y se encargara de monitorear los indicadores de salud pública haciendo un seguimiento de las condiciones de salud por medio de evaluaciones periódicas, generando así espacios de discusión y de nuevas propuestas⁹². Sin embargo, ¿es realmente necesario crear nuevas instituciones, a las cuales se les va a asignar nuevos presupuestos, para hacer tareas que pueden realizar organismos ya existentes?

Esta ley también consagra otras disposiciones como la desaparición de las multas por inasistencia a citas médicas⁹³, eliminación del periodo de carencia a partir del primero de junio de 2013⁹⁴, libertad de traslado de EPS sin exigir periodo mínimo de permanencia, establecimiento de un nivel máximo de gastos administrativos para las EPS⁹⁵, redefinición de principios del sistema de seguridad social⁹⁶ y portabilidad nacional en la atención en cualquier parte de Colombia a partir de junio de 2013⁹⁷.

El propósito de esta ley fue darle desarrollo a la sentencia T-760 de 2008, la cual obligó al Gobierno Nacional la unificación del POS. Sin embargo esta ley puede llegar a provocar un efecto contrario, ya que los usuarios al sistema de la salud no se sienten incentivados a cotizar en el régimen contributivo, ya que los servicios que van a recibir van hacer los mismos que los otorgados al régimen subsidiado.

Para poder entender mejor el origen de la ley 1438 de 2011 es importante revisar la evolución del portafolio de servicios en salud desde su inicio hasta la actualidad para evidenciar las grandes diferencias que han existido a lo largo del tiempo entre

⁹² Artículo 8 y 9 de la ley 1438 del 19 de enero de 2010.

⁹³ Artículo 55. Ley 1438 de 2011.

⁹⁴ Artículo 32, parágrafo transitorio. Ley 1438 de 2011.

⁹⁵ Artículo 23. Ley 1438 de 2011.

⁹⁶ Artículo 3. Ley 1438 de 2011.

⁹⁷ Artículo 22. Ley 1438 de 2011.

los regímenes subsidiado y contributivo, tal y como se puede observar en el cuadro 1 anexo a este trabajo.

Como puede observarse el tratamiento que se le ha dado al régimen subsidiado y al régimen contributivo no es igualitario, y sus actualizaciones no han sido constantes, lo que ha conducido a que cada vez la brecha entre los dos regímenes sea mayor, de igual manera esta diferencia se ve reflejada en las exclusiones que tiene cada régimen y que se verán en el anexo número 2.

De las exclusiones de los dos regímenes podemos concluir que la diferencia más notoria y la que atenta mas contra el derecho a la igualdad es el trasplante de hígado, el cual fue incluido mediante acuerdo 282 de 2005 pero solamente para el régimen Contributivo.

Sin embargo la ley 1438 de 2011 introduce un cambio radical para que los afiliados puedan acceder a aquellos procedimientos que no se encuentran excluidos en los respectivos regímenes y que en la anterior ley 100 de 1993 tenían muchos tropiezos o requisitos para poder acceder a los procedimientos, medicamentos y demás que estaban incluidos en el POS Y POSS, donde uno de los requisitos con más trabas y más difícil de cumplir eran los famosos periodos de carencia.

Un periodo de carencia como ya se explico en el capítulo 1 son aquellos periodos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ser exigidos por las Entidades Promotoras de Salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese periodo el individuo carece del derecho a que se le practique el procedimiento requerido por la entidad promotora a la cual se encuentra afiliado⁹⁸.

⁹⁸ Artículo 60. Decreto 806 de 1998.

La ley 100 de 1993 y el decreto 806 de 1998 fueron los primeros que estipularon el periodo de carencia, exigiendo un máximo de 100 semanas para enfermedades catastróficas o ruinosas de nivel 4 y que por lo menos 26 semanas hubieran sido pagadas en el último año, posteriormente la ley 1122 de 2007 en su artículo 14 estableció la prohibición de exigir periodos de carencia superiores a 26 semanas, pero solo en el régimen contributivo.

Actualmente la ley 1438 de 2011 suprimió esta figura de periodos de carencia al establecer la inoperancia de la exigencia de estos a partir del 1 de enero del 2012 basados en los principios de universalidad e igualdad de la presente ley.

Frente a las semanas requeridas por la ley 100 de 1993 y de las leyes posteriores a esta, los afiliados al sistema se vieron en la necesidad de buscar herramientas jurídicas para acceder a los servicios incluidos y no incluidos en los respectivos regímenes, por medio del uso abusivo, inadecuado e indiscriminado de la famosa acción de tutela. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”⁹⁹.

Sin embargo este mecanismo constitucional se ha ido utilizando con el tiempo de forma inadecuada y abusiva, tanto por parte de los ciudadanos como de las instituciones, viéndose reflejado en tres situaciones que dan cuenta del mal uso de esta acción.

En primer lugar la acción de tutela se utiliza como mecanismo para exigir medicamentos y procedimientos incluidos dentro del POS-S, ya sea porque las EPS no los otorgan o autorizan de manera deliberada para evitar asumir el valor

⁹⁹ Artículo 86. Constitución Política de Colombia de 1991.

de estos o porque no existe claridad acerca de la inclusión o exclusión de estos en los planes de beneficios de los dos regímenes.

En segundo lugar la tutela se utiliza como mecanismo para reclamar medicamentos y procedimientos NO POS-S, debido a que los usuarios del sistema de salud con base a los derechos fundamentales como la vida, la igualdad y otros pretenden que el sistema asuma todas aquellas necesidades que este no incluye en su respectivo POS-S, de igual manera las instituciones de salud (EPS), por medio de los recobros que le realizan al sistema (FOSYGA) hacen un mal uso del mecanismo de la acción de tutela al realizar cobros superiores al valor real de los medicamentos o procedimientos, lo que ha conducido a que el sistema este en déficit.

En tercer lugar el mecanismo de la acción de tutela fue creado como ultimo mecanismo para exigir la protección de sus derechos, sin embargo este de forma progresiva está siendo utilizado no como ultimo mecanismo sino como el primero al que acuden tanto los ciudadanos como las instituciones para hacer cumplir y proteger sus derechos.

Derechos invocados en las tutelas. Período 2006-2008¹⁰⁰								
Período								
	2006		2007		2008		2009	
	Nº de tutelas	% de tutelas	Nº de tutelas	% de tutelas	Nº de tutelas	% de tutelas	Nº de tutelas	% de tutelas
Salud	96.229	37.6	107.238	37.8	142.957	41.5	346.424	39.2
Petición	99.819	39.0	103.844	36.6	113.224	32.9	316.887	35.8
Vida	86.320	33.7	91.251	32.2	88.621	25.7	266.192	30.1

¹⁰⁰ "Reforma al Sistema de Salud" Juan Carlos Cortés González. Primera Edición. Legis. 2010.

Número y valor de recobros ante el Fosyga 2000-2009¹⁰¹		
Año	Número	Valor (\$)
2000	1.088	4.243.707.788
2001	638	5.312.065.336
2002	68.986	56.741.403.512
2003	133.070	113.708.143.232
2004	156.788	170.154.746.532
2005	257.309	265.184.808.391
2006	555.055	570.0250.905.611
2007	835.541	1.018.762.350.922
2008	1.657.461	1.759.402.261.989
2009	2.089.597	2.050.216.972.289

De las anteriores tablas en evidente la progresividad que ha tenido el uso del mecanismo constitucional de la acción de tutela tanto por parte de los ciudadanos como de las instituciones de salud, lo cual como ya se expreso anteriormente han generado una crisis y un déficit en el sistema financieramente que ha conducido a una reforma al sistema para un manejo más adecuado del mecanismo de la salud.

¹⁰¹ CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Reforma al Sistema de Salud. Primera Edición. Legis. 2010. Pág. 33.

En suma la ley 1438 de 2011 permite resolver muchos de los problemas y de llenar vacíos que tanto la ley 100 de 1993 como otras disposiciones tenían en el sistema de la salud y que dieron lugar a un colapso en el sector, dándole prioridad a las actualizaciones y a la unificación del POSS-S, permitiendo que los usuarios tengan un mayor cubrimiento y así se reduzcan las acciones de tutela, de igual manera se daría un control a los cobros por partes de las EPS al regular y controlar dicho procedimiento evitando un nuevo déficit del sistema.

CONCLUSIONES

- En la actualidad los dos regímenes aún no han sido unificados en su totalidad debido a que es un proceso lento que requiere financiación y la implementación de nuevos mecanismos que permitan adaptar el sistema.
- En el momento en que se formalice la unificación en su totalidad es probable que surja la siguiente duda ¿será que vale la pena pagar más en la cotización a salud para pertenecer al régimen contributivo, si el servicio que recibe va a ser el mismo que reciben las personas que pertenecen al régimen subsidiado?
- Después de analizar la ley 1438 de 2011, es viable afirmar que ésta no constituye una reforma estructural debido a que no se modifican las condiciones esenciales del modelo actual de aseguramiento.
- ¿Es posible que el sistema se sostenga financieramente en un futuro si los servicios a los que podrán acceder los afiliados de los dos regímenes van a ser los mismos y seguirán siendo más los afiliados del régimen subsidiado que los del contributivo según las estadísticas?
- Con la ley 1438 se dio el primer paso para dar comienzo a un mandato constitucional, sin embargo se requiere de otros mecanismos para dar cumplimiento total y efectivo hacia la unificación, ya que la ley 1438 contiene muchos vacíos y preguntas que quedaron por resolver.
- ¿Es realmente necesario crear nuevas instituciones como las que trae la ley 1438 de 2011, a las cuales se les va a asignar nuevos presupuestos, para hacer tareas que pueden realizar organismos ya existentes?

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la Seguridad Social. Edición 2006. Editorial Legis. Santa Fe de Bogotá.
- CORTES GONZÁLEZ, Juan Carlos. Reforma al sistema de salud. Comentarios a la ley 1438 de 2011. Editorial Legis.2011. Colombia.
- CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. Seguridad Social. ¿Un Negocio o un servicio?. Editorial Institutos de Estudios Sociales Juan Pablo II. 1991.
- DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Las Pensiones. Teoría, normas y jurisprudencia. Tercera Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007. Bogotá, Colombia.
- FEIN Rashi. The Right to Health as a Human Right. En el Seminario celebrado en la Haya el 27 de Julio de 1978
- JARAMILLO, Iván. El futuro de la salud en Colombia. Editorial Fescol. 1999.
- WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, Estudios sobre Estado de Derecho y democracia. Ed. Trotta, Madrid 2000.
- Cartilla de Seguridad Social y Pensiones. Editorial Legis. Año 2010.
- Informe de la Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud; periodo 2003-2005”, a partir de datos de la Corte Constitucional.
- Constitución Política de Colombia
- Ley 100 de 1993
- Ley 1122 de 2007
- Ley 790 de 2002

- Ley 60 de 1993
- Ley 1438 de 2011
- Decreto 1152 de 1999
- Decreto 452 de 2000
- Decreto 806 de 1998
- Resolución 5261 de 1994

ANEXOS

- Actualizaciones y aclaraciones al POS-S y POS-C 1994-2010
- Exclusiones del Régimen Contributivo. Plan de beneficios vigente, CRES Acuerdo 08 de 2009.
- Exclusiones del Régimen Subsidiado. Plan de beneficios vigente, CRES Acuerdo 08 de 2009.

Las exclusiones en el régimen Subsidiado según la última actualización de la CRES, del acuerdo 08 de 2009 son:

1. Zapatos ortopédicos.
2. Plantillas ortopédicas.
3. Sillas de ruedas.
4. "Medias con gradiente de presión o de descanso, medias elásticas de soporte".
5. Corsés ortopédicos.
6. Fajas ortopédicas.
7. Artículos suntuarios, y cosméticos.
8. Complementos vitamínicos.
9. Líquidos para lentes de contacto.
10. Tratamientos capilares.
11. Champús de todo tipo.
12. Jabones.
13. Leches o cremas hidratantes.
14. Lociones antisolares o para las manchas en la piel.
15. Drogas para la memoria.
16. Medicamentos para la impotencia sexual.
17. Edulcorantes o sustitutos de la sal.

18. Medicamentos anorexígenos.
19. Enjuagues bucales y cremas dentales.
20. Cepillo y seda dental.
21. "Procedimientos (no quirúrgicos) o servicios cosméticos, estéticos o suntuarios".
22. "Cirugía estética con fines de embellecimiento".
23. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.
24. Tratamientos para la infertilidad.
25. Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental.
26. Tratamientos o curas de reposo o del sueño.
27. Lentes de contacto.
28. Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizadas en el Manual de Medicamentos y Terapéutica.
29. Tratamiento con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.
30. "Trasplante de órganos distintos al trasplante renal, de medula ósea, de córnea y el de corazón con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías Integrales de Atención. NOTA: tener en cuenta que el trasplante de Hígado fue incluido mediante Acuerdo 282 de 2005 pero solamente para el Régimen Contributivo".
31. "Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia

prolongada (mas de 30 días de evolución) o en fase crónica o no aguda y no crítica".

32. Tratamiento para varices con fines estéticos.

33. Actividades, procedimientos e intervenciones para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación.

34. Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas.

35. Prótesis odontológica.

36. "Ortodoncia".

37. Tratamiento periodontal en la atención odontológica.

38. Exclusiones generales del Plan Obligatorio de Salud (criterios y categorías):
Actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

39. Exclusión de cobertura en UCI o casos excluidos de cobertura en UCI.

Las exclusiones en el régimen Contributivo según la última actualización de la CRES, del acuerdo 08 de 2009 son:

1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética.
2. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.
3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad.
4. Tratamientos o curas de reposo o del sueño.
5. Medias elásticas de soporte; corsés y/o fajas; sillas de ruedas; plantillas y zapatos ortopédicos; vendajes acrílicos; lentes de contacto, lentes para anteojos con materiales diferentes a vidrio o plástico, filtros y/o colores y películas especiales y aquellos otros dispositivos, implantes, o prótesis, necesarios para procedimientos no incluidos expresamente en el Acuerdo 008 de la Comisión de Regulación en Salud.
6. Medicamentos y sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica vigente Anexo 2 del Acuerdo 008 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-).
7. Tratamientos con medicamentos o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.
8. Trasplante de órganos e injertos biológicos diferentes a los descritos en el presente Acuerdo.
9. Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia prolongada. No se excluye la psicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad, y solo durante la fase inicial; tampoco se excluyen las terapias grupales. Se entiende por fase crítica o inicial aquella que se puede prolongar máximo hasta los treinta días de evolución.

10. Tratamientos de periodoncia, ortodoncia, implantología, prótesis y blanqueamiento dental en la atención odontológica.
11. Tratamiento con fines estéticos de afecciones vasculares y cutáneas.
12. Actividades, procedimientos e intervenciones para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación. Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, y la disfuncionalidad o terapia de mantenimiento. Todas las actividades, procedimientos e intervenciones deben estar contemplados en el Acuerdo 008 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-.
13. Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a los necesarios de acuerdo a evidencia clínica debidamente demostrada para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas.
14. Pañales para niños y adultos.
15. Toallas higiénicas.
16. Bolsas de colostomía.
17. Artículos cosméticos.
18. Suplementos o complementos vitamínicos y nutricionales salvo excepciones expresas en la norma.
19. Líquidos para lentes de contacto.
20. Tratamientos capilares.
21. Champús de cualquier tipo.

22. Jabones.
23. Cremas hidratantes.
24. Cremas antisolares o para las manchas en la piel.
25. Medicamentos o drogas para la memoria.
26. Medicamentos para la impotencia sexual o la disfunción eréctil.
27. Medicamentos anorexígenos.
28. Edulcorantes o sustitutos de la sal.
29. Enjuagues bucales y cremas dentales.
30. Cepillo y seda dental.
31. La internación en instituciones educativas, entidades de asistencia y protección social tipo ancianato, hogar sustituto, orfanato, hospicio, guardería o granja protegida.
32. El tratamiento de las complicaciones que surjan de las actividades, procedimientos e intervenciones y medicamentos no cubiertos por el POS.
33. Insumos o dispositivos que no sean necesarios para las actividades, procedimientos e intervenciones descritas en el Acuerdo 008 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-.

