



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVII - N° 663

Bogotá, D. C., jueves 25 de septiembre de 2008

EDICION DE 24 PAGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

CAMARA DE REPRESENTANTES

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 089 DE 2008 CAMARA

por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., septiembre 9 de 2008

Doctor

RIGO ARMANDO ROSERO ALVEAR

Secretario

Comisión Séptima

Cámara de Representantes

Ciudad

Referencia: Proyecto de ley número 089 de 2008 Cámara, *por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*

Respetado doctor:

En cumplimiento a la honrosa designación que nos hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, nos permitimos presentar informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 089 de 2008 Cámara, *por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*

Atentamente,

Mauricio Parodi Díaz, Jorge Ignacio Morales Gil, Ponentes.

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 089 DE 2008 CAMARA

por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., septiembre 9 de 2008

Doctor

RIGO ARMANDO ROSERO ALVEAR

Secretario

Comisión Séptima

Cámara de Representantes

Ciudad

Referencia: Proyecto de ley número 089 de 2008 Cámara, *por la cual se hacen modificaciones en el*

Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Respetado doctor:

En cumplimiento a la honrosa designación que nos hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, nos permitimos presentar informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 089 de 2008 Cámara, *por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*, previas las siguientes consideraciones:

Objetivo del proyecto

El proyecto objeto de análisis tiene como finalidad realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el fin de ajustar la normatividad a las necesidades de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y desarrollar la jurisprudencia fijada en los últimos días por la Corte Constitucional. Con este fin se hacen reformas en temas relacionados con el manual tarifario, fortalecimiento en los programas de salud pública y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud, unificación de los planes obligatorios de salud en el régimen contributivo y subsidiado y se crea la jurisdicción especial en salud.

Origen del proyecto

El proyecto de ley número 089 de 2008, fue presentado por el honorable Representante Jorge Ignacio Morales Gil ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes.

Contenido del proyecto

El proyecto de ley cuenta con 8 artículos, mediante los cuales se pretenden realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los temas que a lo largo de la vigencia y aplicación de la Ley 100 de 1993, han presentado mayor necesidad de regulación para lograr efectividad en la prestación de los servicios del sistema general de seguridad social en salud.

El proyecto ordena el establecimiento de un Manual Tarifario que esté actualizado y contenga una evaluación de costos y costeo que aplicarán las Insti-

tuciones Prestadoras de Servicios de Salud en la venta de sus servicios o uso de su capacidad, regulación de la contratación por capitación, manejo de enfermedades de alto costo y crónicas por patologías, unificación de la cobertura del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y contributivo.

Por último se ordena la creación de la jurisdicción en salud con el fin de contar con jueces especializados para fallar las acciones de tutela que en contra de los actores del sistema sean interpuestas por los usuarios que tengan como finalidad el reconocimiento de servicios por parte de las EPS y las IPS.

Fundamento constitucional y legal

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

Constitución Política de Colombia

Artículo 2° Constitución Política de Colombia:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Artículo 13 Constitución Política de Colombia: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán 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. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Artículo 48 Constitución Política de Colombia: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

...3 El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a

ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

Artículo 49 Constitución Política de Colombia: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

Ley 100 de 1993

Artículo 2° Ley 100 de 1993: “El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley;

e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Parágrafo. La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida”.

Jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional en múltiples oportunidades se ha pronunciado respecto al Derecho a la Salud como un derecho fundamental y así lo ha manifestado en los siguientes fallos:

Sentencia T-379 de 2003

En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al *nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia.

Sentencia T-859 de 2003

Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) *todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*”, la Corte señaló en la Sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.

Sentencia C-130 de 2002

De acuerdo con esta Corporación, “*es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos*”. La obligación de unificar los contenidos de los planes de salud a los cuales tienen acceso los ciudadanos es pues, de carácter progresivo. Su cumplimiento no puede ser exigido inmediatamente, pues supone la realización de una serie de acciones complejas en las que intervienen diversos actores. Ahora bien, la progresividad justifica que se avance por partes, de forma gradual, pero no es una excusa para la inacción. Específicamente, con relación a la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de equidad, el carácter progresivo de esta obligación no puede convertirse en una excusa para aceptar, de forma permanente, la existencia de diferencias en el acceso a los servicios de salud que se requieran, ligadas a la capacidad de pago de las personas, esto es, a su ‘*posición económica*’.

Sentencia T-760 de 2008

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y

admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha considerado constitucional la existencia de dos planes obligatorios de salud con contenidos distintos. El primero de ellos, el POS, con los contenidos que se consideran básicos, y al cual tienen derecho las personas que hacen parte del régimen contributivo. El segundo plan de beneficios es el que se garantiza a las personas que forman parte del régimen subsidiado (POS subsidiado), el cual solo contempla algunos de los servicios contenidos en el primero. Por esta razón, si bien es constitucional que democráticamente se establezca un trato diferencial en el goce efectivo del derecho a la salud entre aquellos que contribuyen al Sistema de Salud y aquellos que son beneficiarios por solidaridad, en razón a las capacidades financieras y administrativas de la sociedad y del Estado, este ha de ser temporal. Como se ha reconocido internacionalmente, el derecho a la salud se ‘*desprende de la dignidad inherente de la persona humana*’. No es posible, por lo tanto, aceptar indefinidamente que a las personas que menos recursos tienen en la sociedad solo se les garantice el acceso a algunos de los servicios de salud que se consideran básicos. La obligación de unificar los planes de servicios de salud del régimen contributivo y subsidiado, surge pues, del deber constitucional de garantizar a toda persona el acceso a los servicios de salud en condiciones de universalidad y equidad (art. 49, CP; arts. 2° y 12, PIDESC). De hecho, de acuerdo con el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Colombia tiene la obligación de ‘*garantizar el ejercicio*’ del derecho a la salud (artículo 12 del Pacto), sin discriminación alguna, entre otras razones, por motivos de ‘*posición económica*’.

8.1. Resumen respecto de los casos acumulados

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre el acceso a los servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz garantizado por el derecho fundamental a la salud en el orden constitucional vigente (*ver Capítulo 4*), toda persona cuenta, entre otros, con los siguientes derechos constitucionales,

(i) *Acceso a servicios*. Toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS¹, autorice el acceso a los servicios que *requiere* y aquellos que *requiere con necesidad*, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica *irrespetar* el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser *oportuno*, de *calidad* y *eficiente*.

¹ En el actual régimen legal, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud a las personas son denominadas ‘Entidades Promotoras de Salud’, EPS.

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

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

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

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

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

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

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

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

de solicitud del servicio, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

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

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

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

8.2. Resumen de las órdenes con relación a los problemas jurídicos generales

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de las obligaciones de protección derivadas del derecho fundamental a la salud (*ver capítulo 6*), las autoridades competentes para adoptar medidas de regulación en salud, deberán cumplir con las siguientes órdenes atinentes a las fallas en la regulación.

8.2.1. En lo que respecta a los planes de beneficios, se impartirán ocho órdenes, a saber: (1) ordenar que se precise el contenido de los planes (numeral décimo sexto de la parte resolutive); (2) ordenar que se actualice integralmente el POS y se reduzcan las dudas (décimo séptimo); (3) ordenar que se actualice periódicamente el POS (décimo octavo); (4) ordenar que se presente un informe sobre deficiencias en el suministro de lo que sí está incluido en el POS (décimo noveno); (5) ordenar que se informe las EPS que más vulneran el derecho a la salud (vigésimo); (6) ordenar que se unifique el POS de los menores de edad (vigésimo primero); (7) ordenar que se adopte un programa y un cronograma para unificar el POS

en el caso de las demás personas (vigésimo segundo); y (8) ordenar que se amplíe la competencia del Comité Técnico Científico, CTC, para que pueda autorizar servicios médicos diferentes a medicamentos, hasta tanto se diseñe un 'mecanismo' diferente (vigésimo tercero).

8.2.2. En cuanto al flujo de recursos para financiar los servicios de salud, se resolverá impartir cuatro órdenes. (1) Orden para que se asegure el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS (vigésimo cuarto); (2) orden para que no se exija copia de ejecutoria de la sentencia para autorizar el servicio o el reembolso al que haya lugar (vigésimo quinto); (3) orden para que se diseñe un plan de contingencia para pagar los recobros atrasados (vigésimo sexto); y (4) orden para corregir o rediseñar el sistema de recobro para que sea eficiente (vigésimo séptimo);

Adicionalmente, para superar otras fallas en el Sistema de protección, se resolverá impartir dos órdenes. (1) Ordenar que se proporcione a los usuarios del sistema información que les permita ejercer su libertad de escogencia (vigésimo octavo); y (2) ordenar que se cumpla la meta de cobertura universal (vigésimo noveno).

El fallo de la Sentencia T-760 de 2008 en lo relacionado con las reformas al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

Décimo sexto. Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado y, (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

Esta regulación también deberá (i) incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y (ii) desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales.

Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas relacionadas en los numerales décimo séptimo a vigésimo tercero.

Décimo séptimo. Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud,

la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.

En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas.

Los nuevos planes de beneficios de acuerdo a lo señalado antes deberán adoptarse antes de febrero uno (1) de 2009. Antes de esa fecha los planes serán remitidos a la Corte Constitucional y serán comunicados a todas las entidades Promotoras de Salud para que sea aplicado por todos los Comités Técnico Científicos de las EPS. Este plazo podrá ampliarse si la Comisión de Regulación en Salud, CRES, expone razones imperiosas que le impidan cumplir con esta fecha, la cual, en ningún caso podrá ser superior a agosto 1 de 2009.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual deberá garantizar también la participación directa de la comunidad médica y de los usuarios.

Décimo octavo. Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud la actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley. La Comisión presentará un informe anual a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación indicando, para el respectivo período, (i) qué se incluyó, (ii) qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, (iii) cuáles servicios fueron agregados o suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas sobre cada servicio o enfermedad, y (iv) la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas, de salud pública y de sostenibilidad financiera.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Cuando sea creada la Comisión de Regulación esta deberá asumir el cumplimiento de esta orden y deberá informar a la Corte Constitucional el mecanismo adoptado para la transición entre ambas entidades.

Décimo noveno. Ordenar al Ministerio de la Protección Social que adopte medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral en el que se indique: (i) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; (iii) indicando en cada caso las razones de la negativa, y, en el primero, indicando además las razones por las cuales no fue objeto de decisión por el Comité Técnico Científico.

El primer informe deberá ser enviado el 1 de febrero de 2009. Copia del mismo deberá ser remitida a la Corte Constitucional antes de la misma fecha.

Vigésimo. Ordenar al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten las medidas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a

autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad. Con este fin, el Ministerio y la Superintendencia deberán informar a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Corte Constitucional (i) cuáles son las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia incurrir en prácticas violatorias del derecho a la salud de las personas; (ii) cuáles son las medidas concretas y específicas con relación a estas entidades que se adoptaron en el pasado y las que se adelantan actualmente, en caso de haberlas adoptado; y (iii) cuáles son las medidas concretas y específicas que se han tomado para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, de las personas que se encuentran afiliadas a las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios identificadas.

El informe a cargo de la Superintendencia y el Ministerio deberá ser presentado antes de octubre 31 de 2008.

Vigésimo primero. Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1° de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

Un informe sobre el proceso de cumplimiento de esta orden deberá ser remitido a la Corte Constitucional antes del 15 de marzo de 2009 y comunicado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada para el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Vigésimo segundo. Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado teniendo en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente.

El programa de unificación deberá adicionalmente (i) prever la definición de mecanismos para racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, asegurando que las necesidades y las prioridades en salud sean atendidas y sin que se impida el acceso a servicios de salud requeridos e, (ii) identificar los desestímulos para el pago de cotizaciones por parte de los usuarios y (iii) prever la adopción de las medidas necesarias para estimular que quienes tienen capacidad económica, efectivamente coticen, y que a quienes pasen del régimen subsidiado al régimen contributivo se les garantice que pueden regresar al subsidiado de manera ágil cuando su ingreso disminuya o su situación socioeconómica se deteriore.

La Comisión de Regulación en Salud deberá remitir a la Corte Constitucional, antes del 1° de febrero de 2009, el programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, el cual deberá incluir: (i) un programa; (ii) un cronograma; (iii) metas medibles; (iv) mecanismos para el seguimiento del avance y (v) la justificación de por qué se presentó una regresión o un estancamiento en la ampliación del alcance del derecho a la salud. Copia de dicho informe deberá ser presentada a la Defensoría del Pueblo en dicha fecha y, luego, deberá presentar informes de avance en el cumplimiento del programa y el cronograma cada semestre, a partir de la fecha indicada.

En la ejecución del programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, la Comisión ofrecerá oportunidades suficientes de participación directa y efectiva a las organizaciones que representen los intereses de los usuarios del sistema de salud y de la comunidad médica. En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada para el 1 de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Vigésimo tercero. Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la respectiva EPS autorice directamente tanto los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferente a un medicamento, como los medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando estas sean ordenados por el médico tratante.

Hasta tanto este trámite interno de las EPS no sea regulado de manera definitiva, se ordena al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud –y mientras este es creado al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud– que adopten las medidas necesarias para garantizar que se ordene a las entidades promotoras de salud, EPS, extender las reglas vigentes para someter a consideración del Comité Técnico Científico de la entidad, la aprobación de un medicamento no incluido en el POS, a las solicitudes de aprobación de los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud, distintos a medicamentos, tales como actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando estos sean ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta los parámetros fijados por la Corte Constitucional. Esta orden deberá ser cumplida dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

Cuando el Comité Técnico Científico niegue un servicio médico, de acuerdo con la competencia de que trata la presente orden, y posteriormente se obligue a su prestación mediante una acción de tutela, solo procederá el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, de acuerdo con lo dicho en esta providencia.

El Ministerio de la Protección Social deberá presentar, antes de marzo 15 de 2009, un informe sobre el cumplimiento de esta orden a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, con copia a la Corte Constitucional.

Vigésimo cuarto. Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades

Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas contenidas en los numerales vigésimo quinto a vigésimo séptimo de esta parte resolutive.

Vigésimo quinto. Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC. Y (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa 'Principio activo en POS' cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el aparatado (6.2.1.) de esta providencia.

El Ministerio de la Protección Social y el administrador fiduciario del Fosyga deberán presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden antes del 15 de noviembre de 2008 ante la Corte Constitucional.

Vigésimo sexto. Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento.

El Plan deberá ser presentado, antes del 15 de noviembre de 2008 ante el Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional y deberá ser ejecutado en su totalidad antes de marzo 15 de 2009. En caso de que en esta fecha (15 de marzo de 2009) no se haya efectuado el reembolso de al menos el 50% de las solicitudes de recobro que están atrasadas en el trámite a 31 de septiembre de 2008, independiente de las glosas que tengan, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El 50% restante deberá haber

sido cancelado en su totalidad antes del primero (1°) de julio de 2009. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba obligado a realizar determinados reembolsos, deberá adoptar las medidas para compensar esos recursos, con la correspondiente EPS.

El Ministerio de la Protección Social y el administrador del Fosyga, presentarán un informe sobre la ejecución del Plan de Contingencia cada dos meses al Comité de Verificación.

Vigésimo séptimo. Ordenar al Ministerio de la Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de la Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias.

El Ministerio de la Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.

El 1° de febrero de 2009, el Ministerio de la Protección Social deberá remitir a la Corte Constitucional la regulación mediante la cual se adopte este nuevo sistema. El nuevo sistema deberá empezar a ser aplicado en el tercer trimestre del año 2009, en la fecha que indique el propio regulador.

Vigésimo octavo. Ordenar al Ministerio de la Protección Social que, si aún no lo han hecho, adopte las medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información,

(i) *Una carta con los derechos del paciente.* Esta deberá contener, por lo menos, los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (adoptada por la 34 Asamblea en 1981)² y los contemplados en la parte motiva de esta providencia, en especial, en los *capítulos 4 y 8*. Esta *Carta* deberá estar acompañada de las indicaciones acerca de cuáles son las instituciones que prestan ayuda para exigir el cumplimiento de los derechos y cuáles los recursos mediante los cuales se puede solicitar y acceder a dicha ayuda.

(ii) *Una carta de desempeño.* Este documento deberá contener información básica acerca del desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliarse en el respectivo régimen, así como también acerca de las IPS que pertenecen a la red de cada EPS. El documento deberá contemplar la información necesaria para poder ejercer adecuadamente la libertad de escogencia.

El Ministerio de la Protección Social y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud deberán adoptar las medidas adecuadas y necesarias para proteger a las personas a las que se les irrespete el derecho que tienen a acceder a la información adecuada y suficiente, que les permita ejercer su libertad de elección de la entidad encargada de garantizarles el acceso a los servicios de salud. Estas medidas debe-

2 Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

rán ser adoptadas antes del primero (1°) de junio de 2009 y un informe de las mismas remitido a la Corte Constitucional.

Vigésimo noveno. Ordenar al Ministerio de la Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la fecha fijada por la ley –antes de enero de 2010–. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

Trigésimo. Ordenar al Ministerio de la Protección Social que presente anualmente un informe a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, en el que mida el número de acciones de tutela que resuelven los problemas jurídicos mencionados en esta sentencia y, de no haber disminuido, explique las razones de ello. El primer informe deberá ser presentado antes del 1° de febrero de 2009.

Manual de tarifas

Ha sido una constante de los actores del sistema de seguridad social solicitar al gobierno para que intervenga en la fijación de un nuevo Manual de Tarifas. En el mercado de salud, el Manual del ISS se ha impuesto como estándar en las contrataciones en casi todo el sistema, pues el Manual SOAT que era obligatorio para las contrataciones de toda la red pública, no lo fue más, por petición insistente de los mismos directivos de las Empresas Sociales del Estado “ESE” debido a que según ellos, al tener la obligación de contratar por las tarifas del SOAT no podían competir adecuadamente.

Las negociaciones entre aseguradores y prestadores en estos últimos 10 años, se han caracterizado por cuatro condiciones básicas: la necesidad de cada uno de los actores del sistema por ser viables económicamente, el ánimo de algunos aseguradores por obtener tarifas cada vez más bajas, el ánimo de muchos prestadores de servicios para sacar con tarifas cada vez más exiguas a su competencia y, la nula vigilancia del gobierno en este aspecto. Como consecuencia, el sector se ha desarrollado en un sistema descendente de precios, con escasas consideraciones por la calidad, el servicio, la viabilidad económica, la preocupación por el estado de salud de sus gentes, la actualización tecnológica y el mantenimiento de estándares técnico-científicos de sus profesionales.

Frente a este tema múltiples han sido los compromisos del Gobierno para reglamentar el tema relacionado con el sistema tarifario pero hasta la fecha no ha sido posible la iniciativa por parte del gobierno, entre estos compromisos encontramos:

1. Manifiesto Democrático presentado por el doctor Álvaro Uribe Vélez el cual contiene 100 puntos, estableció en su punto 56 “*Garantía de tarifas equitativas para médicos y profesionales afines. Garantía para que el usuario tenga opciones de escogencia de instituciones prestadoras de servicios y médicos. Que el crecimiento de las empresas promotoras de salud no anule a las instituciones independientes*”.

2. Ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario, establece en el artículo 42: “*Sistemas tarifarios. El Gobierno Nacional –Ministerio de la Protección Social– establecerá un sistema de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud*” (Negritas fuera de texto).

3. En el Consejo Comunal de Gobierno número 136 del 16 de septiembre de 2006, celebrado en Bogotá, la tarea número 2434 estableció que “*La Alta Consejería Presidencial debe coordinar las reuniones que sean necesarias para lograr un acuerdo sobre el manual de tarifas. A estas reuniones debe asistir el Viceministro de Salud y Bienestar del Ministerio de la Protección, un delegado del Ministerio de Hacienda y los diferentes gremios del sector de la salud, entre otros. Se deben tener en cuenta aspectos como parámetros de indexación, parámetros tarifarios y reconocimiento a la calidad. Debe existir un factor que diferencie y retribuya la certificación de la calidad, reconocer a aquellos que lo tengan dentro del manual tarifario.*”

Contratación primer nivel

El programa de apoyo a la reforma de salud PARS en el Estudio indicativo de precios y análisis cualitativo de contratos en salud definió el contrato por cápita aquel que se constituye alrededor de la aceptación de un grupo de riesgo conformado por personas ubicadas en un territorio específico, para el caso de población pobre no asegurada por el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El precio *per cápita* se constituye sobre el valor promedio del costo de los servicios atribuibles a una persona en un período determinado, sobre su seguimiento contenido en una nota técnica que refleja una probabilidad esperada de uso. Por lo general, se paga en forma anticipada sobre el total del número de personas incluidas en el contrato. Debe estar predefinido y acordado un plan de beneficios que es asumido total o parcialmente por el hospital. Por tanto, el riesgo es transferido total o parcialmente al proveedor de servicios. El elemento básico de administración en un contrato de cápita es el riesgo, inmerso en un pool de riesgo.

Tipos de Contrato por Cápita:

Según la cobertura de servicios:

- **Cápita integral:** Cuando cubre el conjunto integral de posibilidades de consumo en salud en sus diferentes niveles de complejidad, y por tanto la transferencia de riesgo es total. En el Sistema el conjunto de riesgo de referencia está constituido por el plan de beneficios. Un contrato de cápita integral sin tener definido un plan de beneficios se constituye en un contrato incompleto, donde el riesgo termina asociado a la alta incertidumbre de la probabilidad de enfermar sin acotamiento, igual sucede cuando la población no es identificable en la cápita. En estos casos el mayor riesgo adicional es transferido al hospital.

- **Cápita parcial:** Cubre algunos segmentos de servicios según complejidad, tipo de servicios (ambulatorio u hospitalario), grupo etáreo o cualquier otra segmentación del plan de beneficios. En este caso el conjunto de beneficios debe estar claramente definido. La mayor dificultad en los contratos de cápita parcial proviene de la relación entre el acotamiento seleccionado y la fracción de riesgo resultante. En estos casos es necesario proyectar un prolongado seguimiento en nota técnica con el fin de constituir un fundamento contractual sólido. Para la información de baja confiabilidad, será imprescindible permitir en el contrato contingencias como resolución anticipada o renegociación durante el período, a partir de los resultados frente a la nota técnica.

- **Cápita especializada:** cuando cubre todos los servicios asociados a una especialidad médica. Suelen ser integrales en cuanto al nivel de complejidad. Conjunto de servicios definido. En estas cápitase dan apalancamientos entre diferentes tipos de con-

sumos y los eventos de mayor costo pueden ser determinantes. Debe considerarse la opción de escoger entre cápita especializada y conjunto integral de atenciones, dado que el último se basa en el cálculo del costo alrededor de un diagnóstico o evento; el precio determinado puede ser más confiable que el de la cápita especializada.

Según la cobertura poblacional:

- **Cerrada:** Cuando no es actualizable durante el período del contrato. La tasa de descargos por muerte o migración debe ser considerada en la nota técnica para que el precio sea equilibrado dentro del contrato. Este tipo de cápita protege contra la incertidumbre generada por población, pero no contra eventualidades del consumo.

- **Abierta:** Cuando es actualizable en períodos predeterminados según novedades. Cualquier asimetría de información, consecuencia de fallos en el proceso de actualización, representa cambios en el riesgo calculado en la nota técnica. El incumplimiento en la actualización de la nota técnica debe acarrear consecuencias para el comprador de servicios. Igual por nacimientos no reportados por el hospital. Esta cápita tiene un alto costo asociado a la actualización de la información, requiere de personal con alta calificación para el análisis de información actuarial.

Forma de pago

- **Unidad de pago:** Persona incluida en el listado de derechohabientes. De acuerdo con el tipo de cápita seleccionada puede ser acotado por nivel, conjunto de servicios, especialidad, etc.

- **Periodicidad:** Se acuerda, puede ser mensual o por cualquier otro período.

- **Temporalidad:** El pago debe ser anticipado para evitar coincidir con la del riesgo.

- **Oportunidad:** Pago en los diez primeros días del período, sanción por mora, de acuerdo con tasas aceptadas en el mercado.

- **Requisitos:** Cuenta de cobro, información establecida para el seguimiento de la atención a la población.

Requerimientos de información

- **Listado de derecho-habientes:** Son los beneficiarios del contrato listados en la base de datos, actualizada según la periodicidad de pago definida. Las consecuencias económicas de la no actualización corren por cuenta del comprador y del aceptante del contrato. Debe contener como variables mínimas: nombre, edad, sexo, tipo de documento, número documento identificación, nivel de Sisbén, porcentaje aplicable a la cuota de recuperación, municipio de residencia, condición de seguridad social.

- **Plan de beneficios:** Es el conjunto de servicios (intervenciones, procedimientos, pruebas, medicamentos e insumos), ligados a un diagnóstico o no, al cual tienen acceso los derechohabientes. Existen dos conjuntos de beneficios para esta población: servicios incluidos en el plan de beneficios subsidiado, aplicados a la población subsidiada, y b) servicios no incluidos en el POS, aplicables tanto a la población subsidiada como a los vinculados. Estos beneficios pueden ser segmentados según nivel de complejidad o especialización médica. Esta segmentación, definida como conjunto de intervenciones, pruebas diagnósticas, atenciones y medicamentos, constituye el plan de beneficios aplicable al contrato en particular.

- **Nota técnica:** Es el instrumento en el que se consigna la representación actuarial acumulada al fi-

nal o intermedio de un período de la siniestralidad actualizada del contrato. En este tipo de contratos se construiría con base en información de los Rips. Debe contener un conjunto mínimo de datos: número de identificación, edad, sexo, diagnóstico inicial, diagnóstico final, procedimiento, precio (valor referente). Se constituye en una herramienta fundamental de gestión y de control del contrato.

- **Pool de riesgo:** Es el reporte de la carga de riesgo, a partir de las características de edad, género y riesgos epidemiológicos asociados al listado de derechohabientes, comparado a partir de la nota técnica inicial y la actualizada en la ejecución del contrato. Se establece comparando sobre el diferencial de riesgo contra la población de referencia sobre la que se calculó la frecuencia esperada de demanda de servicios.

Unificación del POS

La Ley 100 de 1993 estableció en el artículo 162 que “*Para los afiliados según las normas del régimen subsidiario, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el plan obligatorio del sistema contributivo, en forma progresiva antes del año 2001* (Negritas fuera de texto).

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 señaló los fundamentos del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de seguridad Social en Salud, dentro de los cuales esta, artículo estableció los siguientes:

1. Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud **proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago**. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa³ (Negritas fuera de texto).

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud⁴.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 estableció que “A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados”.

B. Personas vinculadas al Sistema. Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. A partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, **en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud**

3 Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 1.

4 Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 3.

de que habla el artículo 162”⁵ (Negritas fuera de Texto).

La Corte Constitucional respecto a la existencia de dos regímenes ha señalado que “En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, solo existen dos (2) regímenes: a) Contributivo y, b) Subsidiado, basados en un criterio predominante, más no único, como lo es la capacidad de pago. En efecto, en el régimen contributivo la persona afiliada cuenta con capacidad de pago y por ello se le exige el pago de una cotización o aporte; en el régimen subsidiado la persona afiliada carece de esa capacidad de pago, por pertenecer a la franja de población que por su condición económica y social corresponde a la más pobre y vulnerable del país y, por consiguiente, no está obligada a realizar dichos aportes”⁶.

La Sentencia C-130 de 2002, de fecha 26 de febrero de 2002, Magistrado Ponente doctor Jaime Araújo Rentería, demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 157, 162, 182, 201, 205, 215, 219, 220 y 221 de la Ley 100 de 1993, la Corte señaló lo siguiente: “En el presente caso, como ya se ha dicho, el legislador debidamente autorizado por la Constitución, procedió a organizar el Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo y definiendo claramente dos (2) regímenes bien distintos: a) El Contributivo y, b) El Subsidiado, basado en un criterio relevante: la capacidad económica de los afiliados.

En este sentido debemos precisar que solo existen los dos (2) regímenes antes enunciados; no obstante, existe un grupo poblacional que dadas las circunstancias de la cobertura inicial y progresiva del sistema no le es posible acceder en principio a ninguno de los dos (2) Regímenes, lo cual no obsta para que el Estado no le preste la atención en salud, grupo al que se le denominó por la Ley 100 de 1993 “participantes vinculados” que como se señaló constituyen un grupo poblacional que no tiene capacidad de pago y que aún no han sido afiliados al Régimen Subsidiado a través de una A. R. S.; sin embargo, reciben la atención en salud a través de las entidades públicas y privadas con las que el Estado tiene contrato para la prestación de servicios de salud.

En conclusión tenemos, **dos (2) regímenes bien definidos:** a) El contributivo y, b) el subsidiado; y **tres (3) tipos de participantes en el sistema general de seguridad social,** a saber: a) Participantes afiliados al régimen contributivo, b) participantes afiliados al régimen subsidiado y, c) participantes vinculados.

Señala además el artículo 157 ib., que **“a partir del año 2000 todo colombiano deberá estar vinculado al sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el plan obligatorio de salud de que habla el artículo 162”.** (Negritas fuera de texto).

El derecho a la salud, como lo ha reiterado la Corte, en principio es un derecho prestacional, que solo adquiere el rango de derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal u otros derechos fundamentales de los individuos. Los derechos prestacionales, como lo ha reiterado esta Corte, se tornan en fundamentales “cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación

de estos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección”⁷. En ese orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (C.P. arts. 48 y 49)”⁸.

En aplicación de tal principio se prohíben las diferencias que sean arbitrarias o injustificadas desde un punto de vista jurídico, esto es, que no se funden en motivos objetivos y razonables, o que sean desproporcionadas en su alcance o contenido. Ello implica una evaluación de los efectos y un juicio de razonabilidad de la diferencia, pues como es sabido, “la igualdad es básicamente un concepto relacional, que de forma necesaria conduce a un proceso de comparación entre dos situaciones tratadas de forma distinta, en el que es preciso efectuar una valoración de la diferencia. Solo tras el análisis de las características de cada supuesto que se compara, de la entidad de la distinción, de los fines que con ella se persigue, podrá concluirse si la medida diferenciadora es o no aceptable jurídicamente”⁹.

Se tiene claro, que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, solo existen dos (2) regímenes: a) Contributivo y, b) Subsidiado, basados en un criterio predominante, más no único, como lo es la capacidad de pago. En efecto, en el régimen contributivo la persona afiliada cuenta con capacidad de pago y por ello se le exige el pago de una cotización o aporte; en el régimen subsidiado la persona afiliada carece de esa capacidad de pago, por pertenecer a la franja de población que por su condición económica y social corresponde a la más pobre y vulnerable del país y, por consiguiente, no está obligada a realizar dichos aportes.

Distinción que también incide en las distintas fuentes de financiación en uno y otro régimen, pues mientras que el contributivo se alimenta de las cotizaciones obligatorias de los afiliados y los aportes del presupuesto nacional; el subsidiado se sostiene con recursos estatales y la solidaridad de las personas que pertenecen al régimen contributivo quienes deben aportar un porcentaje de sus ingresos con ese propósito, y de los recursos que recibe del Fondo de Solidaridad y Garantía. En un Estado “con limitaciones económicas como el nuestro, donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal, determina que la sociedad y los particulares participen, en la medida de su capacidad económica individual y con esfuerzo en la misma, para poder ofrecer a todos el servicio en condiciones que realicen su dignidad humana y permitan destinar una especial atención y protección de las personas menos favorecidas. La vigencia de un esquema de participación de la sociedad en los cometidos estatales de orden social, así diseñado, facilita la realización materia de un orden justo, basado en el respeto de la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos”¹⁰.

Como se puede observar, la capacidad de pago se convierte así en un aspecto relevante que justifi-

7 SU-562/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

10 Sent. C-542/98 M.P. Hernando Herrera Vergara.

5 Ley 100 de 1993, artículo 157, literal B.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-130 de 2002.

ca plenamente la existencia de distintos regímenes y mal haría el legislador en desconocer esta situación frente a una realidad social evidente: la capacidad económica de los afiliados a uno y otro. El sistema contributivo está edificado y estructurado sobre la base del recaudo de unos recursos (aportes o cotizaciones) que hacen los afiliados al mismo, mientras que en el régimen subsidiado ellos no existen, porque las personas que pertenecen a él carecen precisamente de recursos económicos para contribuir. Esta la razón para que la ley hubiera establecido distintas fuentes de financiación, administración y manejo de tales regímenes.

Lo que pretende la demandante en últimas, es que se unifique el sistema de seguridad social en salud para que todos los habitantes se sujeten a un régimen idéntico, lo cual en sentir de la Corte es plausible y deseable siempre que se buscara la igualdad óptima, es decir, que el régimen aplicable fuera aquel en el que se consagren los mejores servicios, prestaciones, etc., pero ello no puede lograrse en forma inmediata pues existen razones de orden económico, social y político, que impiden al Estado hacerlo en un momento histórico determinado, de ahí que el mismo constituyente haya autorizado al legislador para **ampliar progresivamente** la cobertura de la seguridad social y, por ende, de los servicios de salud, como se consagra en el artículo 48 del Estatuto Supremo. Lo que sí exige es que todos los habitantes tengan acceso al servicio de salud.

En consecuencia, **es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana**, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya reiterado, refiriéndose al derecho a la salud, que si bien el nivel de desarrollo juega un papel fundamental para ese fin, ello “no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades. El principio de progresividad exige mas bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales” (Negritas fuera de texto).

Enfermedades de alto costo y crónicas

Se consideran enfermedades de alto costo, aquellas diagnosticadas como terminales y crónicas cuya atención requieren tratamiento continuo, prolongado y con medicamentos y procedimientos especiales, tales como: enfermedades cardíacas, patologías del sistema nervioso central, enfermedad renal aguda o crónica, infección por VIH, cáncer, reemplazo articular total o parcial de cadera o rodilla, y enfermedades de depósito o lisosomales.

Se calcula que el sistema de salud colombiano invierte en su atención más de un billón de pesos al año. Solo por nombrar algunas, las estimaciones dan cuenta que los pacientes con Insuficiencia Renal se triplicarían en 5 años y que en el año 2010 serían cerca de 30.000; en el caso de VIH-sida, no es un misterio que esta enfermedad se ha convertido en la pandemia de esta modernidad, y que la atención por paciente oscila entre uno y dos millones de pesos mes.

Aunque el Sistema General de Seguridad Social en Salud prevé la atención de este tipo de enfermos al destinar dentro de los cálculos actuariales de composición de la Unida de Pago por Capitalización -UPC-, un 10% del valor de la misma, es un hecho que la realidad está superando cualquier previsión por las siguientes causas:

A. El perfil epidemiológico que existía cuando se planteó la reforma de salud, ha venido variando en los tres últimos lustros, y con seguridad que el número de pacientes con Enfermedades de Alto Costo se ha venido incrementando.

B. Para el tratamiento de Enfermedades de Alto Costo el uso de la tecnología es cada vez más oneroso.

Jueces en salud

Es importante crear conciencia de la gran cantidad de acciones de tutela que diariamente se presentan ante el sistema judicial colombiano y así mismo la cantidad de peticiones que envuelven tratamientos y derechos reconocidos dentro de los Planes Obligatorios de Salud, los cuales deben ser prestados por los operadores del sistema.

Es necesario crear una jurisdicción especializada en salud, para que se logren canalizar los fallos de la justicia en este sentido de falla, acorde a los lineamientos del sistema general de salud y no seguir creando jurisprudencia con los fallos en tutela donde cada día se están concediendo mayor cobertura a los planes obligatorios de salud.

La Corte Constitucional mediante Sentencia 760 del 31 de julio de 2008, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, le puso orden al funcionamiento del sistema de salud y no acabó como lo afirmaron algunos medios de comunicación con la posibilidad de los ciudadanos de presentar acciones de tutela con el fin de que sean reconocidos sus derechos para proteger y garantizar el derecho a la salud. Lo que en realidad dispuso es que el Ministerio de la Protección Social le presenta un informe anual que mida el número de tutelas interpuestas para tener indicadores del cumplimiento de los fallos proferidos.

El estudio efectuado por la Defensoría del Pueblo denominado “La tutela y el derecho a la salud período 2003-2005”, cuyo propósito fundamental era establecer un indicador objetivo que permitiera controvertir afirmaciones generales y juicios tendenciosos sobre la utilidad e importancia de la tutela como mecanismo de salvaguarda del derecho a la salud. El estudio arrojó un resultado inesperado: Sesenta mil (60.000) tutelas anuales clamaban por una orden judicial para que se reconociera un plan de beneficios obligatorio, previamente pagado con una prima individual de salud –Unidad de Pago por Capitalización, UPC–, alimentada con recursos fiscales y parafiscales.

Registro de tutelas en Colombia Período 1999-2005

AÑO	Nº TUTELAS	CRECIMIENTO ANUAL
1999	86.313	0
2000	131.674	52.66%
2001	133.272	1.14%
2002	143.886	7.96%
2003	149.439	3.86%
2004	198.125	32.58%
2005	224.270	13.20%
TOTAL	1.067.070	

Fuente: Corte Constitucional

Los trámites administrativos a que son sometidos los usuarios, las barreras explícitas al acceso y la falta de control y vigilancia por parte de los organismos encargados de esa tarea han llevado a que la acción de tutela para reclamar derechos de salud se convierta en un “prerrequisito de trámite” para las autorizaciones. Desde 1999 hasta el 2005, las solicitudes por este concepto han aumentado cerca del 280%, mientras que el crecimiento general de la tutela fue del 160% en el mismo período¹¹.

Participación de las tutelas de salud Período 1999-2005

Año	Tutelas		Participación %	Tasa de Crecimiento Anual	
	Salud	Total		Salud %	Total %
1999	21.301	86.313	24.68	-	-
2000	24.843	131.674	18.85	16.63	52.66
2001	34.319	133.272	25.75	38.14	1.14
2002	42.374	143.886	29.70	24.52	7.96
2003	51.944	149.439	34.76	21.55	3.86
2004	72.033	198.125	36.36	38.67	32.58
2005	81.017	224.270	36.12	12.47	13.20
TOTAL	328.191	1.067.070	30.76%		

Fuente: Corte Constitucional

Tutelas en salud, según departamento Período

	2003		2004		2005		TOTAL	
	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %
Antioquia	16.947	32.6	24.374	33.8	27.133	33.5	68.454	33.4
Bogotá	7.634	14.7	9.561	13.3	12.538	15.5	29.733	14.5
Valle	6.319	12.2	7.928	11.0	9.256	11.4	23.503	11.5
Santander	3.736	7.2	4.449	6.2	4.193	5.2	12.378	6.0
Caldas	1.745	3.4	3.193	4.4	3.710	4.6	8.648	4.2
Risaralda	1.529	2.9	2.340	3.2	2.739	3.4	6.608	3.2
Tolima	1.749	3.4	2.271	3.2	2.464	3.0	6.484	3.2
Atlántico	1.379	2.7	2.310	3.2	2.632	3.2	6.321	3.1
Bolívar	1.297	2.5	2.130	3.0	1.877	2.3	5.304	2.6
Cauca	1.429	2.8	1.470	2.0	1.565	1.9	4.464	2.2
Norte S/der	1.033	2.0	1.636	2.3	1.631	2.0	4.300	2.1
Huila	1.045	2.0	1.430	2.0	1.455	1.8	3.930	1.9
Quindío	843	1.6	1.129	1.6	1.357	1.7	3.329	1.6
Meta	816	1.6	1.035	1.4	1.093	1.3	2.944	1.4
Nariño	788	1.5	1.081	1.5	1.063	1.3	2.932	1.4
Cesar	505	1.0	1.122	1.6	1.179	1.5	2.806	1.4
Boyacá	755	1.5	854	1.2	966	1.2	2.575	1.3
Magdalena	557	1.1	828	1.1	966	1.2	2.351	1.1
Córdoba	507	1.0	815	1.1	861	1.1	2.183	1.1
C/marca	274	0.5	487	0.7	588	0.7	1.349	0.7
Sucre	308	0.6	396	0.5	512	0.6	1.216	0.6
Guajira	192	0.4	378	0.5	417	0.5	987	0.5
Chocó	238	0.5	291	0.4	302	0.4	831	0.4
Caquetá	89	0.2	187	0.3	168	0.2	444	0.2
San Andrés	93	0.2	124	0.2	102	0.1	319	0.1
Arauca	34	0.1	61	0.1	64	0.1	159	0.1
Putumayo	42	0.1	53	0.1	48	0.1	143	0.1
Casanare	18	0.0	50	1.63	64	0.0	132	0.1
Amazonas	19	0.0	10	0.0	34	0.0	63	0.0
Guaviare	9	0.0	11	0.0	14	0.0	34	0.0
Vaupés	6	0.0	11	0.0	8	0.0	25	0.0
Guainía	3	0.0	12	0.0	9	0.0	24	0.0
Vichada	6	0.0	6	0.0	9	0.0	21	0.0
TOTAL	51.944	100	72.033	100	81.017	100	204.994	100

Fuente: Corte Constitucional

La orientación de las decisiones en primera instancia de los fallos de tutela –en su mayoría– favorecen a los accionantes. En el año 1999 las tutelas en salud se le concedieron al 72,2% de los solicitantes, mientras que en el año 2005 el amparo constitucional de este derecho ascendió a 83,5%. Ello debido a factores como: mayor conocimiento por parte de los jueces de la normativa de salud, empoderamiento de los usuarios que la Defensoría del Pueblo ha propiciado, mayor desarrollo doctrinario y mayor conocimiento de la acción de tutela por parte de los ciudadanos¹².

Por otro lado, el escaso número de tutelas negadas obedece a factores distintos del reconocimiento del derecho, como carencia de objeto (muerte del accionante) o hecho superado (cuando la entidad aseguradora resuelve la petición antes del fallo). De acuerdo

con las denuncias presentadas ante la Defensoría del Pueblo, esta práctica se convierte en un habilidoso mecanismo de solución parcial para que el juez de conocimiento niegue la tutela sin condenar al asegurador, que posteriormente reincide, en detrimento del usuario que así queda inhabilitado para interponer una nueva acción por el mismo concepto¹³.

Según la Defensoría del Pueblo el tipo de entidad demandada, teniendo en cuenta que hay entidades que administran conjuntamente los regímenes contributivo y subsidiado y que en una gran cantidad de acciones de tutela no se identifica claramente el régimen al que pertenece el accionante, fue necesario abrir una categoría especial para este tipo de entidades, dejando en otras categorías a las entida-

¹¹ La tutela y el derecho a la salud período 2003-2005, Defensoría del Pueblo

¹² La tutela y el derecho a la salud período 2003-2005, Defensoría del Pueblo.

¹³ Ibídem.

des que administran exclusivamente, ya el régimen contributivo o el subsidiado. En este orden de ideas, el 77% de las tutelas se instaure contra las entidades de aseguramiento del Sistema General de Seguridad

Social en Salud (SGSSS) que administran el régimen contributivo o subsidiado, bien sea con exclusividad o sin ella; el 14,6% procede contra entes territoriales y el 8,5% contra las demás entidades¹⁴.

Tutelas en salud, según tipo de entidad demandada

	2003		2004		2005		TOTAL	
	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %
EPS Solamente en Régimen Contributivo	28.366	54.6	37.175	51.6	46.127	56.9	111.668	54.5
EPS Régimen Contributivo y Subsidiado	9.860	19.0	14.353	19.9	13.617	16.8	37.830	18.5
Entes Territoriales	7.305	14.1	11.414	15.8	11.275	13.9	29.994	14.6
EPS Solamente en Régimen subsidiado	1.432	2.8	2.575	3.6	4.096	5.1	8.103	4.0
IPS	1.221	2.4	1.872	2.6	1.848	2.3	4.941	2.4
Entidades Particulares	1.002	1.9	1.216	1.7	1.054	1.3	3.272	1.6
Entidades del Estado	967	1.9	902	1.3	737	0.9	2.606	1.3
Inpec	647	1.2	945	1.3	943	1.2	2.535	1.2
Regímenes de excepción	559	1.1	632	0.9	609	0.8	1.800	0.9
Empresas de Servicios Públicos	239	0.5	585	0.8	251	0.3	1.075	0.5
ARP	145	0.3	176	0.2	190	0.2	511	0.2
Empresas adaptadas al sistema	142	0.3	121	0.2	177	0.2	440	0.2
Empresas de Medicina Prepagada	59	0.1	67	0.1	93	0.1	219	0.1
TOTAL	51.944	100	72.033	100	81.017	100	204.994	100

Fuente: Corte Constitucional

Tutelas en entidades que prestan exclusivamente Servicio en Régimen Contributivo

	2003		2007		2008		TOTAL	
	Nº Tutelas	Part. %						
ISS	17.831	62.9	21.024	56.6	18.871	40.9	57.726	51.7
Saludcoop	3.207	11.3	5.847	16.0	7.644	16.6	16.798	15.0
Coomeva	-	-	-	-	6.491	14.1	6.491	5.8
Sanitas	655	2.3	2.008	5.4	3.624	7.9	6.287	5.6
Susalud	1.156	4.1	1.496	4.0	2.212	4.8	4.864	4.4
Cruz Blanca	597	2.1	1.117	3.0	1.343	2.9	3.057	2.7
Colmedica	546	1.9	732	2.0	1.178	2.6	2.456	2.2
Famisanar	585	2.1	607	1.6	1.135	2.5	2.327	2.1
Compensar	328	1.2	526	1.4	812	1.8	1.666	1.5

Fuente: Corte Constitucional

Durante el período analizado, 2003-2005, se encontró que el 56,4% de las tutelas se interponía para reclamar servicios que se encontraban dentro del POS, de las cuales el 93,4% no se hallaba limitado por la causal “semanas mínimas de cotización”. Se sigue demostrando que tanto las EPS que prestan servicios en el régimen contributivo como en el subsidiado continúan negando servicios incluidos

en el POS, especialmente exámenes paraclínicos, medicamentos y cirugías, amparadas en el permioso margen de interpretación que, de mediar voluntad, habría podido desaparecer con una juiciosa reglamentación del Mapipos, con el agravante de que los usuarios del régimen contributivo no se encontraban limitados por períodos mínimos de cotización.

Contenido de las tutelas (POS y NO POS) en los Regímenes Contributivo y Subsidiado

	2003		2004		2005		TOTAL	
	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %
POS	20.623	56.0	31.163	60.4	31.327	53.1	83.023	56.4
NO POS	10.857	29.5	14.676	28.4	18.253	31.0	43.786	29.7
POS y NO POS	5.153	14.0	5.461	10.6	8.943	15.2	19.557	13.3
No Especifico	171	0.5	334	0.6	432	0.7	937	0.6
TOTAL	36.804	100	51.634	100	58.865	100	147.303	100.0

Fuente: Corte Constitucional

Las principales conclusiones del estudio efectuado por la Defensoría del Pueblo son las siguientes:

- La tutela sigue siendo el mecanismo más utilizado por los ciudadanos para reclamar sus derechos: desde el año 1999 hasta el 2005 su crecimiento general fue del 160%, mientras que el crecimiento de

las tutelas específicas de salud, en el mismo período, fue del 280%.

- Antioquia origina más de la tercera parte de las tutelas en salud; le siguen Bogotá, Valle y Santander. En el caso de Antioquia, se invocan en promedio 47 tutelas por cada 10.000 habitantes, cada año.

¹⁴ Ibíde

- Más del 87% de las tutelas en salud favorece a los accionantes y una gran parte de las denegadas obedece a factores distintos del reconocimiento del derecho, como carencia de objeto (*muerte del accionante*) o hecho superado (*cuando la entidad aseguradora resuelve la petición antes del fallo*).

- El 77% de las tutelas se instaura contra las entidades de aseguramiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que administran el régimen contributivo y subsidiado.

- La falta de cobertura en el aseguramiento y lo limitado del POS subsidiado –entre los aspectos más destacados– hacen que el 14,6% de las tutelas en salud se instaure contra los entes territoriales.

- El 56,4% de las solicitudes de tutelas en salud contra las entidades de aseguramiento corresponde a contenidos del POS, debido en gran parte al permisivo margen de interpretación que, de mediar voluntad, habría podido desaparecer con una juiciosa reglamentación del Mapipos.

Garantía de la oportunidad

La Garantía de la oportunidad es el plazo máximo que debe establecer la ley para que las personas sean atendidas, para el tratamiento de sus enfermedades.

El Sistema General de Salud en Colombia debe establecer los plazos máximos de atención a partir de la fecha en que el médico confirma el diagnóstico de la enfermedad y su tratamiento.

Lo ideal para equilibrar y dar garantía en la calidad del servicio es que vencido el término establecido para el cumplimiento del tratamiento de un usuario en el sistema de salud la Empresa Prestadora de Salud estará en la obligación de asignarle un nuevo prestador para que cumpla con el tratamiento requerido por el usuario.

Conclusión

En mérito de lo expuesto en las anteriores consideraciones, me permito presentar a la honorable Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, en Comisión, la siguiente proposición:

Proposición

Dese primer debate al Proyecto de ley número 089 de 2008 Cámara, “por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” y las modificaciones propuestas.

Atentamente,

Mauricio Parodi Díaz, Jorge Ignacio Morales Gil, Ponentes.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 089 DE 2008 CAMARA

por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Analizado el proyecto de ley se encuentra necesario realizar algunos ajustes al proyecto de la siguiente manera:

- Incluir dos artículos nuevos regulando el derecho de los usuarios a ser beneficiados de la garantía de oportunidad.

Atentamente,

Mauricio Parodi Díaz, Jorge Ignacio Morales Gil, Ponentes.

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE, INCLUIDAS LAS MODIFICACIONES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 089 DE 2008 CAMARA

por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con este fin se hacen reformas en lo relacionado con el manual tarifario, fortalecimiento en los programas de salud pública y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud y se crean los jueces en salud.

Artículo 2°. *Manual Tarifario.* El Ministerio de la Protección Social y la Comisión de Regulación en Salud deberán establecer el Manual de Tarifas para la prestación de servicios de salud, que contenga una evaluación de costos y costeo, que aplicarán las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en la venta de sus servicios o uso de su capacidad a cualquier entidad promotora de servicios o asociación de profesionales.

Parágrafo. El plazo para establecer el Manual de tarifas para servicios mínimas será de ciento ochenta (180) días a partir de la vigencia de la presente ley.

Artículo 3°. *Requisitos para contratación Capitalización Primer Nivel del Régimen Subsidiado en Salud.* El Ministerio de la Protección Social reglamentará los requisitos para la contratación por capitación de primer nivel del régimen subsidiado en salud por parte de las Empresas Sociales del Estado E.S.E. con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y del Régimen Contributivo.

Parágrafo. El plazo para establecer los requisitos para la contratación por capitación de primer nivel del régimen subsidiado en salud será de ciento ochenta (180) días a partir de la vigencia de la presente ley.

Artículo 4°. *Unificación del Plan Obligatorio de Salud.* El Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá garantizar a todos los habitantes del territorio nacional, régimen contributivo y subsidiado el acceso integral al Plan Obligatorio de Salud unificado que les permita protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento a la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Parágrafo 1°. El plazo para establecer el Plan Obligatorio de Salud unificado para el régimen subsidiado y contributivo será de ciento ochenta (180) días a partir de la vigencia de la presente ley.

Parágrafo 2°. La Comisión de Regulación en Salud determinará el valor de la UPC que financiará la cobertura del plan obligatorio al régimen subsidiado.

Artículo 5°. *Enfermedades de alto costo y crónicas.* A partir de la entrada en vigencia de la presente ley las enfermedades de alto costo y crónicas se tratarán por patologías y de acuerdo a los protocolos de atención establecidos por el Ministerio de la Protección Social y la Comisión de Regulación en Salud.

Parágrafo 1°. Créase una subcuenta en el Fosyga para la atención de las enfermedades de alto costo y crónicas.

Parágrafo 2°. El Ministerio de la Protección Social y la Comisión de Regulación en Salud tendrán un plazo de ciento ochenta (180) días para desarrollar los protocolos de atención para enfermedades de alto costo y crónicas.

Artículo 6°. En los servicios de urgencias el Triage deber ser prestado por el personal asistencial y no por el servicio de vigilancia de las Instituciones Prestadoras de Salud.

Artículo 7°. *Jueces en Salud*. Créanse en todo el territorio nacional dentro de la jurisdicción civil ordinaria los jueces especializados en salud.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura tomarán las medidas necesarias para garantizar la creación y el funcionamiento de los jueces especializados en salud en todo el país.

Parágrafo 2°. La jurisdicción especializada en salud deberá iniciar sus funciones a partir del 1° de enero de 2010.

Artículo 8°. *Garantía de la Oportunidad*. Es el derecho que tienen todos los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud para el acceso, calidad y oportunidad otorgados a la atención asociado con programas, enfermedades o condiciones de salud.

Parágrafo 1°. El Ministerio de la Protección Social y la Comisión de Regulación en Salud tendrán un plazo de ciento ochenta (180) días para establecer el plazo máximo de espera para ser atendido de acuerdo a la enfermedad o condición de salud.

Artículo 9°. *Incumplimiento al plazo de Garantía de la Oportunidad*. Si vencido el plazo fijado por la ley para la atención de la enfermedad el usuario no ha sido atendido, este deberá informar a la Empresa Prestadora de Salud a la cual se encuentre afiliado con el fin de que dentro de los tres (3) días siguientes le sea asignado un segundo prestador, el cual tendrá un plazo máximo de diez (10) días para llevar a cabo la atención requerida.

Parágrafo 1°. En todos los casos de incumplimiento a la Garantía de la Oportunidad la Empresa Prestadora de Salud y el usuario deberán informar a la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se impongan las sanciones a que hubiere lugar.

Artículo 10. *Vigencia y derogatorias*. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las demás normas que le sean contrarias.

Atentamente,

Mauricio Parodi Díaz, Jorge Ignacio Morales Gil, Ponentes.

* * *

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 43 DE 2007 SENADO, 324 DE 2008 CAMARA

por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio.

Bogotá, D. C., septiembre de 2008

Doctora

ELIZABETH MARTINEZ BARRERA

Secretaria General

Comisión Tercera Constitucional Permanente

Honorable Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 43 de 2007 Senado, 324

de 2008 Cámara, *por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio.*

Señora Secretaria:

Para los fines de su competencia, atentamente me permito remitir a usted, conforme a lo señalado en el artículo 156 de la Ley 5ª de 1992, el informe de ponencia para primer debate en Cámara de Representantes, correspondiente al Proyecto de ley número 43 de 2007 Senado, 324 de 2008 Cámara, *por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio.*

De la señora Secretaria General.

Atentamente,

Fernando Tamayo Tamayo, Simón Gaviria Muñoz, Ponentes, Representantes a la Cámara por Bogotá.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 43 DE 2007 SENADO, 324 DE 2008 CAMARA *por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio.*

Bogotá, D. C., septiembre de 2008.

Doctor

FELIPE FABIAN OROZCO VIVAS

Presidente

Comisión Tercera Constitucional Permanente

Honorable Cámara de Representantes

Ciudad.

Asunto: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 43 de 2007 Senado, 324 de 2008 Cámara, *por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio.*

Señor Presidente:

En virtud del Oficio CTCP-3.3 740-C08, adiado el 26 de Junio de 2008, nos ha correspondido la honrosa designación de presentar informe de Ponencia para primer debate del Proyecto de ley número 43 de 2007 Senado, 324 de 2008 Cámara, *por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio*, conforme al artículo 156 de la Ley 5ª de 1992, nos permitimos presentar a consideración de los integrantes de la honorable Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, el respectivo Informe de Ponencia, el cual rendimos en los siguientes términos.

Para realizar un estudio detallado de esta iniciativa es necesario efectuar la siguiente división temática:

1. Autoría del proyecto.

2. Recuento de los debates al Proyecto de ley 43 de 2007 Senado, 324 de 2008 Cámara, “por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio” en el Senado de la República.

3. Principio de la libertad de empresa, de oferta y demanda, en la actividad financiera y su plena aceptación en el sistema jurídico colombiano.

4. Proposición.

1. Autoría del Proyecto

La presente iniciativa fue presentada por el Senador Javier Cáceres Leal, quien pensando en el necesario equilibrio económico que debe primar en las relaciones de mercado, entre los diversos sujetos que hacen parte del sistema financiero en Colombia, planteó una regulación expedita a los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjeta de pago y la tarifa interbancaria, fundado en la potestad que tiene el Estado de intervenir en la economía con el fin de preservar el mencionado equilibrio.

Este proyecto contaba con tres capítulos y catorce artículos, con los que se consagraban, desde unas definiciones propias de la materia, hasta un imperativo, para los operadores del sistema de tarjetas de débito y crédito, con el que se buscaba que estos publicaran en un diario de amplia circulación, toda la información que se relacionara con la comisión de adquisición, la tarifa interbancaria de intercambio, así como los criterios para su fijación y los valores de las cuotas de manejo, reglando adicionalmente temas como los contratos de afiliación y los conflictos de competencia en la materia.

Pese a la loable intención de este proyecto, en su desarrollo se desconoció gran parte de la realidad Colombiana en cuanto a la evolución del mercado del sistema financiero, el cual basa sus relaciones en el principio de la libre empresa, la primacía del sistema de oferta y demanda con su consecuente autorregulación. Siendo este último argumento el que enmarcó el estudio de este proyecto tanto en la Comisión Tercera del Senado y en la Plenaria de esa corporación.

2. Recuento de los debates en Senado del Proyecto de ley 43 de 2007 Senado, 324 de 2008 Cámara, “por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio”.

El debate en la Comisión Tercera de Senado, fue liderado por el senador José Darío Salazar Cruz, quien presentó una ponencia que a primera vista difiriere radicalmente en su contenido y objeto del proyecto original. Esta fue retomada casi íntegramente en la ponencia que se presentó para segundo debate en pleno de esa corporación.

A continuación haremos referencia a algunos apartes del texto aprobado por el Senado de la República y repararemos en las principales diferencias entre este y el contenido del proyecto original.

La ponencia pretendió racionalizar el contenido del proyecto, en tan solo cinco artículos, evitando la duplicidad normativa y no incluyendo temas que a luz del entendimiento de los honorables Senadores, no son objeto del ámbito de aplicación de la pretendida norma, es así como en primer lugar modifica el título del proyecto, limitando de esta manera su radio de acción, por cuanto lo confina a la simple reglamentación de la comisión de adquisición, viendo como ajeno al proyecto la temática del contrato de adhesión y su consecuente desarrollo.

Con el nuevo ámbito del proyecto se procedió a adecuar los artículos del mismo de tal forma que pasó a contemplar en el aparte de las definiciones únicamente el tema de la comisión de adquisición y

de los sujetos que se ven sometidos a esta. En cuanto al resto del cuerpo del proyecto simplemente se continuó haciendo una breve referencia al contrato de afiliación y se terminó con la estipulación de la vigencia y derogatorias.

La pretendida racionalización del proyecto se fundó en la libertad del mercado financiero y la autorregulación del mismo, esto se infiere de lo expresado en la ponencia para segundo debate cuando se afirmó (...) *de acuerdo con lo planteado en precedencia, se estima pertinente limitar el ámbito regulatorio del proyecto a la comisión de adquisición, que como lo señala el proyecto inicialmente presentado por el senador Cáceres, es la comisión que se cobra directamente a los establecimientos de comercio (...) en tal sentido identificando la negociación de la comisión de adquisición como el problema que justifica la intervención propuesta en el mercado de tarjetas, se comparte la idea de plasmar en el proyecto, como lo hace el artículo 3º, que las negociaciones bilaterales entre establecimientos de crédito adquirentes y comerciantes deben ser el mecanismo utilizado para establecer dicha comisión, excluyendo las prácticas de fijación unilateral (...) como se ve el ponente reconoce que es en la voluntad de las partes, la generadora del acuerdo contractual, en donde se debe determinar lo propio de las temáticas que pretendió regular este proyecto, mas aun cuando el mercado bursátil en Colombia, se rige en gran parte por la ley de oferta y demanda, “a mayores servicios y menores costos más usuarios”, pero dejemos que sea el ponente el que termine de consolidar nuestro planteamiento cuando afirma:*

(...) el problema con la utilización de la legislación para asumir un control directo de los precios de las empresas es que en muchas ocasiones el regulador está en una mala posición para poder determinar cuál sería el precio en un mercado competitivo. Sin ir más lejos se necesitaría conocer las curvas de costos de las empresas, la demanda en el mercado y demás aspectos cuyo cálculo es altamente complicado, mas aun tratándose de una industria compleja como lo es la financiera, de hecho al fijar un precio, el regulador puede terminar provocando mayores distorsiones que las que intenta paliar (...).

La resultante del proceso legislativo que surtió este proyecto en el Senado de la República, denota un tinte de no conveniencia del mismo, en virtud a la complejidad de la naturaleza de la actividad que se pretendió reglar, llegando al punto de modificar esta iniciativa casi en su totalidad. Como la única fórmula que permite mantener las condiciones actuales del mercado financiero, el cual se desarrolla por el libre acuerdo de las partes y se fundamenta en las condiciones propias del mismo, así como en la ley de oferta y demanda.

3. Principio de la libertad de empresa, de oferta y demanda en la actividad financiera y su plena aceptación en el sistema jurídico colombiano.

El Estado social de derecho, que se erigió con la Constitución de 1991, enfatizo, como elemento complementario a su muy condensado tinte social, unas garantías especiales a la propiedad privada y a la libre empresa las cuales deben cumplir una finalidad social redistributiva (al menos en servicios), siendo esta aleación de conceptos y finalidades de

índole constitucional, lo que nos permite consolidar el planteamiento de no conveniencia del presente proyecto de ley, que venimos estudiando a lo largo de la presente ponencia.

• **Limitación a la libertad de empresa**

En relación con el punto en cuestión, resulta pertinente reseñar algunos preceptos constitucionales que enmarcan los derechos a la libertad de empresa y la iniciativa privada:

Artículo 2º de la Constitución Política:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica. (...)”.

Artículo 333 de la Constitución Política:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de los que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

De acuerdo con la jurisprudencia, la intervención económica debe precisar sus fines y alcances, y no debe vulnerar el contenido mismo o núcleo esencial del derecho. En punto a las restricciones a la libertad económica, ha establecido la Corte Constitucional:

“6. De esta manera, si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención: (i) Necesariamente debe llevarse a cabo por Ministerio de la ley; (ii) No puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) Debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; (iv) Debe obedecer al principio de solidaridad, y (v) Debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

La intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue a eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la acti-

vidad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación”¹. (Subrayado fuera de texto).

Concepto de libertad económica. En numerosas oportunidades esta corporación ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido esencial y los límites constitucionales al derecho de la libertad económica. Es así como en Sentencia C-616 de 2001, la Corte se pronunció sobre la libre competencia, en tanto que componente esencial de la libertad económica, en los siguientes términos:

“Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) La necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre ciertas actividades, b) La libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”².

“La Corte Constitucional ha sostenido que, en punto a la intervención del Estado en la economía han de respetarse las razones de conveniencia que en su momento sean objeto de valoración por el Congreso de la República, en cuanto aquel funge como director de la economía y que, para la declaración de inexistencia de vulneración se requiere que la vulneración a la Constitución sea manifiesta; (...)”.

“No caben, pues, en el sistema jurídico colombiano, proyectos o normas discriminatorias o que vulneren la igualdad de oportunidades, o tiendan a desproteger la libertad de empresa dentro del marco de una economía social de mercado, o a menoscabar el derecho al trabajo y los otros derechos fundamentales que, como ya lo ha dicho esta Corte, forman parte del orden público constitucional”³. (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto se advierte que la finalidad lucrativa de un negocio es legítima constitucionalmente y se deriva tanto de la propiedad privada como de las libertades económicas. Cuando se atenta contra la libertad de fijar los precios de un servicio que se presta legítimamente, sin que existan razones de consideración para adoptar dicha limitación, se está afectando el núcleo esencial del derecho.

Ahora, para la Corte Constitucional existe un vínculo evidente entre la autonomía negocial de las entidades financieras y su estabilidad:

“La imperiosidad de mantener la estabilidad del sistema financiero y la necesidad de preservar la confianza pública se imponen, por lo cual la regla general es la autonomía de las entidades financieras para decidir el contenido de los contratos bancarios. En consecuencia, la tesis expuesta por las entidades

1

2

3

financieras en el presente asunto es parcialmente correcta, pues si el Estado o los particulares obligan al banco a celebrar todo tipo de contratos se desconoce el contenido irreductible de los derechos de asociación, de libertad de empresa y autonomía negocial de los bancos"⁴. (Subrayado fuera de texto).

Obsérvese entonces que la industria financiera es altamente regulada, buscando, entre otros que las entidades cuenten con niveles adecuados de patrimonio y de liquidez, así como la óptima administración de los riesgos implícitos en sus operaciones. No obstante, en la medida en que es una actividad mercantil, debe ser desarrollada responsable y libremente por empresarios expertos, que conocen su entorno de riesgos, de mercado y de negocio y tienden a operar de la manera más eficiente posible. En este sentido, la determinación estatal de precios desdibuja la libertad pero también la responsabilidad implícita en la gestión de empresas financieras.

Los parámetros constitucionales y jurisprudenciales precisados nos llevan a afirmar que el objeto inicial del proyecto, que es garantizar que los sistemas abiertos de tarjetas funcionen bajo parámetros de transparencia, eficiencia y competencia, se ve completamente desvirtuado por una fórmula normativa que establece una rígida estructura de costos, que no premia al más eficiente y que por el contrario limita la libre competencia y la primacía autorreguladora de la ley de oferta y demanda.

De acoger esta iniciativa, se pueden generar medidas poco sanas para el mercado financiero nacional, que traerían perjuicios a todos sus usuarios y no solo a los prestadores del servicio, como lo es el incentivar incrementos en el costo de otros servicios financieros y se desincentiva la participación de la industria financiera en los sistemas de pago con tarjetas y en su desarrollo masivo, afectando las iniciativas que buscan promover el acceso de la población menos favorecida a los servicios financieros.

• La ley marco como mecanismo propio de la regulación financiera:

Continuando con el estudio de todas las pautas legales y temáticas relacionadas con proyecto en estudio se hace necesario hacer una referencia explícita a la ley marco como mecanismo de regulación financiera. La Constitución Política de 1991 dispone de un esquema tal que le permite al órgano legislativo nacional, expedir normas de carácter general para determinadas y específicas materias que en razón de su complejidad y constante evolución, requieren un especial sistema de complementariedad entre este y el órgano ejecutivo.

Entre el decálogo de asuntos dispuestos por la Carta se encuentra el organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el comercio exterior, modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas y, la intervención del Gobierno en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En todas ellas es precisa la Constitución en dejar al Presidente la necesaria flexibilidad para disponer, en cada caso, de las medidas que a su juicio

las circunstancias hagan aconsejables, con sujeción a la ley.

Las materias que la Constitución reservó a este tipo de leyes, como rasgo común tiene el que todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

“La institución de las leyes marco, introducida en el ordenamiento constitucional colombiano con la Reforma de 1968, persigue para determinadas materias, dada su complejidad y constante evolución, la colaboración del legislativo y ejecutivo, así: el primero, señalará al Gobierno las pautas generales dentro de las cuales este último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación” (Cfr. C. Const. S. Plena. Sent. C-013, ene. 21/93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Entonces, el concepto de Ley Marco supone una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional de tal forma que le corresponde al primero consagrar los preceptos generales y, al Presidente de la República, reglamentar a través de decretos ejecutivos, en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la ley.

“Este agota su actividad al fijar las pautas y directrices en cuya virtud se oriente la tarea estatal de regulación en los asuntos previstos por la norma, y deja paso a la gestión administrativa del Gobierno (C. P., artículo 189-25), que resulta ser mucho más amplia que la potestad reglamentaria referente al común de las leyes (C. P., artículo 189-11); aunque delimitada por los criterios consagrados en las disposiciones básicas dictadas por el legislador” (Cfr. C. Const. S. Plena. Sent. C-608, agosto 23/99, M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

De la misma manera, el mencionado esquema solo es posible mediante una coordinación tal que implique que ni el Presidente puede invadir el campo de actividad del Congreso, ni este entrar a sustituir a aquel en la fijación de elementos concretos en la materia sobre la cual recaen las pautas generales que debe trazar.

“De allí que resulten inconstitucionales por igual las leyes marco que se apartan de su característica y necesaria amplitud para ingresar en el terreno de lo específico, desplazando al ejecutivo, como los decretos expedidos con invocación de una ley de dicha naturaleza pero que, en vez de desarrollarla y cumplirla, la modifican, sustituyen o derogan” (Cfr. C. Const. S. Plena. Sent. C-608, agosto 23/99, M. P. José Gregorio Hernández Galindo). (El subrayado es nuestro).

La Corte, a este respecto, ha fijado con claridad los dos ámbitos de competencia —el del Congreso y el del Gobierno—, en los siguientes términos:

“Con base en el mencionado tipo de instrumento legal la Constitución opera respecto de una específica

materia una especial distribución de competencias normativas entre la ley y el reglamento. Al primero se confía la determinación de los objetivos y criterios generales, conforme a los cuales el segundo deberá ocuparse del resto de la regulación. De esta manera se garantiza en favor del reglamento un ámbito de regulación, como quiera que la ley deberá limitarse a los aspectos generales ya señalados que son precisamente los que configuran el marco dentro del cual se dictarán los reglamentos llamados a desarrollar los objetivos y criterios trazados por el legislador” (Cfr. C. Const. S. Plena. Sent. C-510, sep. 3/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) (El subrayado es nuestro).

“En efecto, la facultad estatal de regulación de las diversas materias contempladas en el indicado mandato constitucional debe ejercerse en dos momentos: uno, a cargo del Congreso, en el cual se fijan las grandes directrices, los objetivos y criterios y las reglas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno cuando cumpla la gestión a él encomendada; otro, precisamente a cargo del ejecutivo, en el cual se establecen con carácter mucho más específico y concreto las medidas aplicables a cada uno de los rubros genéricamente previstos por el legislador, lo que implica una considerable ampliación de la potestad reglamentaria” (Cfr. C. Const. S. Plena. Sent. C-428, sep. 4/97, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa) (El subrayado es nuestro).

Por lo tanto, como mediante la ley marco se establecen apenas las directrices, posteriormente desarrolladas por el Gobierno a través de decretos administrativos, el Congreso no puede, al dictar una ley en las materias dichas, vaciar de contenido la atribución que la Constitución, confía al Presidente de la República y, por tanto, le está vedado establecer ella misma y de modo absoluto todos los elementos de la regulación. En esa regulación, debe existir siempre un margen, disponible para el Ejecutivo, que le permita, sin desbordar los lineamientos legales, adaptar las disposiciones aplicables a las sucesivas coyunturas que se presenten dentro de la vigencia de la ley marco.

“Si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio –el del Presidente de la República– y, por tanto, vulnera no solo el artículo 150, numeral 19, de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos, que se orienta a la realización de los fines de aquel. Además, al dejar el campo de fijación de pautas generales para ingresar en forma total en el de su desarrollo específico, el Congreso infringe la prohibición contemplada en el artículo 136, numeral 1, de la Constitución Política: ‘Inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades’ (Cfr. C. Const. S. Plena. Sent. C-608, agosto 23/99, M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

En este sentido el proyecto plantea una fórmula novedosa que genera reservas sobre su constitucionalidad. En vez de fijar pautas generales, establece reglas detalladas sobre cómo se determina la TII: (I) Señalando cuáles son los costos que proceden en su determinación. (II) Radicando en la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de impartir instrucciones sobre la forma como deberán desagregarse, especificarse y justificarse los rubros de costos. (III) Asignando al Ministerio de Hacienda la función de señalar las cuentas del Plan Único de Cuentas que son aplicables a los elementos de costos que hacen parte de la TII.

La honorable Corte Constitucional se pronunció en Sentencia C-675 de 1998 con ponencia del honorable Magistrado Antonio Barrera Cabonell, sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 35 de 1993, que se encuentra publicada en el *Diario Oficial* número 40710 del 7 de enero de 1993, el cual en aras de la brevedad no se transcribe. Mediante dicha ley “se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financieras, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora”.

“Como antes quedó expresado la Ley 35/93, tiene la naturaleza de una ley ordinaria y cuyo contenido corresponde a la de las leyes generales, marco o cuadro, a que alude el artículo 150-19-d) de la Constitución, en concordancia con el artículo 335.

“Interpretando armónicamente los referidos textos normativos se infiere: I) Que corresponde al Gobierno, siguiendo los objetivos y criterios determinados por el legislador en la ley ‘regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; II) Que las mencionadas actividades, ‘solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, otorgada a través de las autoridades competentes; III) Que ‘la forma de intervención del Gobierno en esas materias, es regulada por la ley.

“Si en virtud de la preceptiva del artículo 335 la intervención del Gobierno en las referidas actividades corresponde privativamente al Gobierno, es decir, que debe ser ejercida en los términos del artículo 115 de la Constitución por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, no encuentra la Corte justificado constitucionalmente que competencias de típica intervención, como las de los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 35/93, que son del Gobierno, se trasladen al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así se emplee la fórmula equívoca y ambigua de que las facultades ‘serán ejercidas por el Gobierno Nacional, por conducto de dicho Ministerio. En tales circunstancias las referencias que la norma acusada hace a los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 35/93 serán declaradas *inexequibles*” (Cfr. Sentencia C-675/98, Magistrado Ponente: doctor Antonio Barrera Carbonell). (El subrayado es nuestro).

Se advierte entonces que hay una intervención regulatoria profunda que no es propia de una ley marco y una asignación de facultades al interior del Gobier-

no que no corresponde a la fórmula constitucional antes descrita, ya que asigna funciones sobre costos a una autoridad de supervisión (la SIC) y facultades normativas al Ministerio de Hacienda, cuando la intervención es una facultad que le corresponde ejercer directamente al Presidente de la República.

Entendiendo que lo propuesto en el proyecto, se basa en la supuesta tendencia a fijar anticompetitivamente la TII, se considera que se trata entonces de un asunto que debe analizarse a la luz de la normatividad que regula las prácticas restrictivas de la competencia, tema que corresponde a las autoridades supervisoras respectivas, pero no debe ser objeto de una respuesta legislativa que induce un modelo forzoso de costos imponiendo controles de precios a un servicio financiero.

Pese a que muchos de los argumentos que acabamos de presentar fueron vislumbrados por los ponentes de este proyecto en el Senado de la República, las fórmulas que presentaron, tanto a la Comisión Tercera, como al pleno de esa honorable corporación, se orientaron a desintegrar de tal manera la iniciativa que con su simple lectura, se denota que se está hablando de un proyecto totalmente diferente.

Este nuevo proyecto generado por el Senado de la República no tiene implicación práctica alguna, pues mantiene la libertad propia de las relaciones del mercado financiero en Colombia, (aspecto plenamente válido), pero que nos permite concluir que no es necesario normatizar, algo que en la práctica funciona de manera equilibrada y justa, según las condiciones de un mercado que fluctúa de acuerdo a circunstancias, tanto nacionales como internacionales y en el que las divididas, ventajas, garantías y facilidades ofrecidas a los usuarios son las que demarcan las tendencias del mercado.

• El Mercado Financiero Colombiano

Al hablar del mercado financiero colombiano es necesario precisar que este se comporta como él de cualquier producto, tal como lo afirma la asociación bancaria y de entidades financieras de Colombia “Asobancaria”, en comunicación adiada el pasado 15 de agosto de 2008, (...) en él existe una parte oferente los bancos, quienes diseñan y ofrecen productos o servicios diferenciados en precio y calidad y una parte demandante, los usuarios financieros, quienes entre la gama de posibilidades escogen el producto que se adapte mejor a sus necesidades con base en variables como servicio y precio (...) esto recalca que el precio de los servicios financieros es la resultante de la libre competencia, de la ley de la oferta y la demanda y no de normas establecidas por el ente regulador.

Continúa afirmando la comunicación precitada (...) como en cualquier industria, para las entidades financieras la fijación de la tarifa a los clientes se basa en un proceso en el cual interviene un gran número de factores, como el mercado objetivo de la entidad y su perfil de riesgo (banca personal o corporativa); la porción del mercado que ocupa, el número de clientes y la competencia entre otros (...), cuando repasamos el contenido originario del proyecto en estudio recordamos que el senador Cáceres pretendía lograr un equilibrio entre las relaciones del mercado financiero, pretensión que desconoce la realidad diferencial que acabamos de expresar y que ha des-

plegado la argumentación jurídica y epistemológica de la materia que hasta el momento hemos esgrimido para sustentar la inconveniencia de la pretendida norma.

Es igualmente claro que temas como las comisiones al comercio (incluida las de la actividad financiera), ya han sido objeto de regulación administrativa por parte de la superintendencia de industria y comercio por intermedio de las Resoluciones números 33813 del 11 de diciembre de 2006 y 34402 del 14 de diciembre de 2006, las cuales aceptan modificaciones de las garantías ofrecidas por las dos redes credibanco y redeban, las cuales cuentan con plena vigencia y en las que se expresa en el numeral 2.1.3. literal a) (...) las entidades financieras deben determinar independientemente la comisión a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquisición, teniendo en cuenta factores objetivos como el tipo de actividad que desarrolla el establecimiento, los volúmenes de facturación, los riesgos inherentes a cada negocio, los costos, los tipos de productos, la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que prestan el servicio de adquisición, la política de penetración al mercado de adquisición, los estudios sobre los beneficios que le ha reportado el establecimiento de comercio en los diferentes negocios que ha desarrollado con el mismo, las proyecciones de beneficio que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuanta de ahorro, de emisión de certificados de depósito a término, de negocios de cambio de cartas de crédito de negocios internacionales de crédito de adquisición de tarjetas de pago y demás servicios financieros (...).

Las normas precitadas continúan afirmando que : (...) queda clara que cada banco podrá establecer y sustituir, cuando a bien tenga, los criterios utilizados para la determinación de las comisiones de adquisición en un momento dado, por otros igualmente objetivos, establecer y modificar la ponderación originalmente asignada a cada uno de los mismos; utilizar factores objetivos diferentes de los enumerados de manera no taxativa en el literal a) (anteriormente transcrito), utilizar solamente alguno o algunos de los allí mencionados, junto con otros diferentes que el mismo banco considere más convenientes para su actividad (...) podría continuar enunciado postulados normativos vigentes y de relación con el objeto de la pretendida iniciativa legal, pero siempre terminaremos afirmando, que la actividad del mercado financiero debe estar sustentada en la menor intervención Estatal, más aun cuando se trata de los servicios prestados al conglomerado. Ya que en estas relaciones opera el sistema de oferta y demanda, que por lo general busca la mayor calidad y servicio al menor costo, lo que en últimas otorga al usuario, el poder de optar por la oferta que más le convenga. Desde sus diversos puntos de vista.

Siendo este último razonamiento, el que condensa la fuerza argumentativa de la presente ponencia y expresa con claridad la no conveniencia jurídica y práctica de este proyecto, por lo que consecuentemente propondremos en el Punto siguiente, al pleno de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, votar negativamente esta iniciativa.

Proposición

Por las consideraciones anteriormente expuestas, solicitamos a los miembros de la honorable Comisión Tercera de la Cámara de Representantes archivar, el Proyecto de ley número 43 de 2007 Senado, 324 de 2008 Cámara, *por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio*.

Atentamente,

Fernando Tamayo Tamayo, Simón Gaviria Muñoz, Ponentes, Representantes a la Cámara por Bogotá.

* * *

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 205 DE 2007 SENADO, 061 DE 2008 CAMARA

por medio de la cual se modifica el artículo 1° de la Ley 1148 de 2007.

Doctora

KARIME MOTA Y MORAD

Presidenta Comisión Primera

Cámara de Representantes

En cumplimiento de la designación que nos hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la honorable Cámara de Representantes, nos permitimos rendir informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 205 de 2007 Senado, 061 de 2008 Cámara, en los siguientes términos:

I. Trámite legislativo

El presente proyecto de ley fue presentado por el entonces Ministro del Interior y de Justicia, doctor Carlos Holguín Sardi, el 30 de noviembre de 2007 ante la Secretaría del Senado buscando modificar el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 1148 de 2007 en el sentido de agregar a su texto original el enunciado “concejales municipales y distritales”, para comprender dentro de las inhabilidades que se consagraron inicialmente a los parientes¹ de gobernadores, alcaldes y diputados para contratar con la respectiva entidad territorial y sus entidades descentralizadas, a los parientes de estos servidores públicos, toda vez que se consideró que su omisión es injustificada.

La Comisión Primera del Senado aprobó la modificación propuesta por los ponentes y cambió el grado de parentesco en la inhabilidad, adicionó un inciso y un párrafo al articulado radicado por el Gobierno Nacional. Aparte de hacer menos rigurosa la inhabilidad cambiando el grado de parentesco de un cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad a un segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, se adicionó en la Comisión Primera a las empresas de servicios públicos y las empresas sociales del Estado del respectivo ente territorial a las ya previstas entidades territoriales y sus entidades descentralizadas como las entidades en las cuales habría inhabilidad para contratar dichos parientes.

Igualmente agregó un párrafo en el que se expresa una excepción a la inhabilidad de contratar respecto de aquellos contratos en los cuales la Administración ofrece un bien o un servicio en desarrollo

de sus funciones en igualdad de condiciones a todos los asociados.

El 15 de mayo de 2008 se publica la ponencia para segundo debate ante la Plenaria del Senado en la cual se propone volver al texto gubernamental en cuanto a los grados de parentesco y se propone la eliminación del inciso que incluía a las empresas sociales del Estado y a las empresas de servicios públicos.

La Plenaria del Senado, *Gaceta del Congreso* número 538 del 21 de agosto de 2008, optó por regresar al texto propuesto por el Gobierno Nacional y aprobó el articulado que el señor ministro del Interior y de Justicia había radicado.

El proyecto de ley pasó entonces a la Cámara de Representantes, Comisión Primera, y se surte ahora la ponencia para primer debate Cámara.

II. Contenido del proyecto de ley:

Como se desprende de la lectura de su trámite, el proyecto de ley en estudio, tal y como viene de la Plenaria del Senado, simplemente consta de un artículo en el cual se modifica el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 1148 de 2007 y se limita a la adición en ese inciso del enunciado “concejales municipales y distritales” para suplir la omisión en que se incurrió al momento de aprobarse en el Congreso esa disposición legal que se pretende modificar ahora. El texto actual dice: “Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente”.

Y se pretende su modificación para dejarlo de esta manera: “Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente”.

III. Objetivo del proyecto de ley

Desde que se radicó el proyecto de ley y en el decurso de su trámite en el Senado, ha sido claro que el objetivo prístino de este proyecto de ley es el de corregir una omisión ocurrida en la aprobación del texto vigente de la Ley 1148 de 2007, artículo 1°, inciso tercero, por cuanto al momento de establecer las inhabilidades de los parientes de los gobernadores, diputados, y alcaldes municipales y distritales, para contratar con las respectivas entidades territoriales, se dejó por fuera de esa limitación contractual a los familiares de los concejales, sin que haya una razón suficientemente atendible para ello.

IV. Consideraciones de la ponencia:

Es claro que no se vislumbra razón admisible que justifique que en la consagración de inhabilidades contractuales para los parientes de los servidores públicos territoriales elegidos por el voto popular se haga algún tipo de excepción para un grupo de ellos y lo procedente es enmendar la omisión presentada al dejar por fuera lo relacionado con los concejales municipales y distritales.

¹ 1. En cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

La necesidad de transparencia de toda clase de trámite administrativo en los municipios del país, especialmente en lo referente a los trámites contractuales, impone la adopción de restricciones inhabilitantes a los familiares de quienes por la voluntad popular dirigen los destinos del ente territorial, sin distingos de ninguna clase. Así como en los departamentos las inhabilitaciones se extienden a los parientes de los gobernadores y de los diputados, en los municipios deben existir para los familiares de los alcaldes y de los concejales.

La Ley 1148 de 2007, en su artículo 1º, modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 que contenía las prohibiciones relativas a los familiares de los servidores públicos elegidos por voto popular en los entes territoriales. En su contenido, epígrafe del artículo e incisos primero y segundo, se observa que las prohibiciones cobijan a los parientes tanto de gobernadores, diputados, alcaldes, como de los concejales del país. Sorpresivamente en el inciso tercero se omitió el enunciado “concejales municipales y distritales”, sin razón válida que pueda sustentar tal excepción, por lo que estamos plenamente de acuerdo en la inclusión de tal enunciado.

Igualmente compartimos la decisión de la Plenaria del Senado de volver al texto original del proyecto presentado por el Gobierno Nacional y determinar que los grados de parentesco correspondan al cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil que la Comisión Primera del Senado, en el primer debate, había dejado en segundo de consanguinidad, y primeros de afinidad y civil, por cuanto esa flexibilización de barreras no se compadece con los principios de transparencia que deben rodear la contratación pública.

Es cierto que durante el trámite de la Ley 1148 de 2007 se discutió la merma o rebaja de estas barreras inhabilitantes en los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría y se consagró para ellos de manera expresa un grado de parentesco más laxo, segundo de consanguinidad y primero de afinidad y civil, teniendo en cuenta que en esos municipios, que no superan los 30 mil habitantes, las fuentes de empleo y de generación de ingresos son mínimas y puede encontrarse que la extensión de restricciones a un muy alto grupo de familiares de quienes son elegidos por el voto popular pueda resultar desproporcionada. De ahí que se menguara la inhabilitación.

Pero en tratándose de departamentos y de municipios de primera, segunda y tercera categoría, esa consideración resulta fuera de lugar y por ello se dispuso en la Ley 1148 de 2007 tal diferenciación: para estos el grado de parentesco va hasta el cuarto de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, y se mantiene para los pequeños municipios la flexibilización de la inhabilitación en el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad y civil.

Por último, sobre la inclusión que se hizo en la Comisión Primera del Senado de un párrafo relativo a la excepción de las inhabilitaciones contractuales respecto de los contratos por medio de los cuales la Administración ofrece en igualdad de condiciones sus bienes y servicios a todas las personas, hay que decir que como quiera que tal excepción ya se encuentra en la ley de contratación pública, desde la ley 80 de 1993, (ver artículo 10) no se justifica su inclu-

sión tal y como lo consideró la Plenaria del Senado y por lo cual lo retiró de su texto aprobado.

V. Proposición

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, propongo a la honorable Comisión dar primer debate Cámara y trámite favorable al proyecto de Ley 205 de 2007 Senado, 061 de 2008 Cámara, *por la cual se modifica el artículo 1º de la Ley 1148 de 2007* con base en el texto aprobado por la Plenaria del Senado que está publicado en la *Gaceta del Congreso* número 538 del 21 de agosto de 2008.

De los honorables Representantes:

Germán Varón Cotrino,

Representante a la Cámara.

* * *

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 070 DE 2008 CAMARA

*por la cual se modifican unos artículos
de la Ley 23 de 1982.*

Bogotá, D. C., 23 de septiembre de 2008

Honorable Representante

KARIME MOTA Y MORAD

Presidenta

Comisión Primera Constitucional

Respetada señora Presidenta,

En cumplimiento de la Ley 5ª de 1992 y del honoroso encargo que me hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, nos permitimos poner a su consideración para discusión de la Comisión Primera de la honorable Cámara de Representantes, el informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 070 de 2008 Cámara, “por medio de la cual se modifican unos artículos de la Ley 23 de 1982”, en los siguientes términos:

A través de la ley 48 de 1975 Colombia adhirió los siguientes instrumentos internacionales: “Convención Universal sobre Derecho de Autor”, sus protocolos I y II, revisada en París el 24 de julio de 1971 y la “Convención Internacional sobre la Protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión” hecha en Roma el 26 de octubre de 1961.

Por medio de la Ley 33 de 1987 Colombia aprobó el “Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas” del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de junio de 1967 y en París el 24 de junio de 1971.

Así mismo, Colombia forma parte de la Decisión 351 – Acuerdo de Cartagena, que estableció el régimen común de derechos de autor y derechos conexos, acuerdo internacional que obliga a los países miembros a respetar los preceptos allí contenidos.

El artículo primero del proyecto que reforma el artículo 44 de la Ley 23 de 1982 introduce el concepto “ánimo de lucro” que es totalmente extraño al derecho de autor y derechos conexos. Contraría el régimen de excepciones y limitaciones y la regla de

los 3 pasos, puesto que la limitación debe estar siempre enmarcada dentro de los parámetros establecidos por los artículos 21 de la Decisión Andina 351 de 1993¹, 10 del TODA², 16 del TOIEF³, y 13 del Acuerdo sobre los ADPIC⁴, los cuales obligan a los países al momento de establecer excepciones al derecho de autor, a observar la llamada regla de los tres pasos: a) que se trate de un caso especial; b) que no se atente contra la normal explotación de la obra, y c) que tal limitación no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

De otra parte, un principio que rige las limitaciones y excepciones es que su ejercicio se adelante teniendo en cuenta el uso honrado, haciendo referencia a aquellos actos que "... no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor"⁵.

¿Cómo se determina que se actúa en aras del interés general? Se cae en el arbitrio del funcionario de turno, pues siempre el derecho del creador va a sucumbir frente a un supuesto interés general. Es altamente inconveniente pues introduce elementos que pueden ser malinterpretados como excepciones o limitaciones que no existen, como son los fines al-

truistas, benéficos o que no perciban ánimo de lucro alguno.

Los artículos 2° al 14 del proyecto, reforman el régimen de licencias para la traducción de las obras literarias y artísticas consagrado por el Capítulo IV de la Ley 23 de 1982, régimen que se extiende también a la licencia a un organismo nacional de radiodifusión para traducir cualquier texto incorporado en fijaciones audiovisuales hechas y publicadas exclusivamente con fines de utilización escolar y universitaria.

Si bien al proyecto en su apariencia parece ser bien intencionado, no solo rompe el esquema de licencias de traducción consagrado por la Ley 23 de 1982, sino que también desconoce el derecho exclusivo del autor de autorizar la traducción de sus obras en los términos del artículo 8° del Convenio de Berna⁶. Igualmente, viola flagrantemente Instrumentos Internacionales como la "Convención Universal sobre Derechos de Autor, sus Protocolos I y II", revisada en París el 24 de julio de 1971, a la cual adhirió el estado colombiano mediante la Ley 48 de 1975.

La citada Convención Universal sobre Derechos de Autor y sus Protocolos I y II restringen los derechos de traducción, encontrándose la Ley 23 de 1982 en su redacción actual en plena armonía con dicho instrumento internacional, por lo que romper el actual esquema, no solo va a desconocer compromisos adquiridos por el Estado colombiano sino también que será introducir factores que muy seguramente van a perturbar el régimen de licencias de traducción, con un grave deterioro para los derechos de los titulares de derechos.

El artículo 15 del proyecto omite la radiodifusión, lo que en el orden práctico es inconveniente, pues no habrá de faltar quién opine que la radiodifusión no requiere de autorización previa y expresa, por ello lo más recomendable es dejar la norma tal como se encuentra consagrada en la actualidad.

Este artículo 15, al igual que los artículos 16 y 17 subsiguientes, fueron eliminados del anterior Proyecto 276 de Cámara, ya que algunas de las disposiciones contenidas en ellos, se encuentran contempladas en el Proyecto de ley número 228 de 2008 Cámara, 058 de 2007 Senado, *por medio de la cual se modifica el artículo 164 de la Ley 23 de 1982*, para el cual se encuentra citada una Audiencia Pública. Esta norma además de casuista, se presta para arbitrariedades en contra de los derechos de los demás titulares que pueden concurrir en sus derechos en un acto de comunicación pública. Igualmente introduce elementos totalmente ajenos al régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos como lo son fines altruistas, benéficos o que no perciban ánimo de lucro alguno. Igualmente, la limitación debe estar siempre enmarcada dentro de los parámetros establecidos por los artículos 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, 10 del TODA, 16 del TOIEF, y 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, los cuales obligan a los países al momento de establecer excepciones al derecho de autor y los derechos conexos, a observar la llamada regla de los tres pasos:

¹ *De las Limitaciones y Excepciones* Artículo 21 Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

² Artículo 10. *Limitaciones y excepciones.*

(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

³ Artículo 16. *Limitaciones y excepciones.*

(1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

(2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.

⁴ *Artículo 13: Limitaciones y excepciones* Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

⁵ Decisión 351 de 1993 de la CAN. Artículo 3°. A los efectos de esta Decisión se entiende por: ... Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

⁶ *Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de hacer o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original.*

a) que se trate de un caso especial; b) que no se atente contra la normal explotación de la obra, y c) que tal limitación no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

De otra parte, la Decisión 351 de 1993 de la CAN artículo 3° establece un principio que rige las limitaciones y excepciones y es que su ejercicio se adelante teniendo en cuenta el uso honrado, haciendo referencia a aquellos actos que "... no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor".

Tanto en lo atinente al régimen de licencias de traducción como los artículos 15, 16 y 17 del proyecto, además de los anteriores fundamentos, debemos considerar dos argumentos adicionales que son: primero, no son otra cosa que una expropiación, la cual, al tenor de la Constitución Nacional, debe generar una indemnización a favor del titular del derecho a quien se está despojando de un bien patrimonial, y segundo, que el proyecto de ley ataca y desconoce de manera frontal el artículo 54 de la decisión 351 de la CAN, que a su tenor literal reza:

Artículo 54. *"Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable"*.

Protecciones tan mínimas y cortas en el tiempo, las excepciones y limitaciones pretendidas, entre otras, amen de ser violatorias de Convenios Internacionales y Normas supranacionales, generarán para

el país un nuevo paraíso y nos constituiremos en el Centro Mundial de la Piratería.

Proposición

Por las anteriores consideraciones, solicito a los honorables miembros de la Comisión Primera Constitucional, **archivar** el Proyecto de ley número 070 de 2008 Cámara, *por la cual se modifican unos artículos de la Ley 23 de 1982.*

De los honorables Representantes,

Carlos Arturo Piedrahíta Cárdenas,
Representante a la Cámara.

CONTENIDO

Gaceta número 663 - Jueves 25 de septiembre de 2008
CAMARA DE REPRESENTANTES

Págs.

PONENCIAS

Ponencia para primer debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 089 de 2008 Cámara, por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones	1
Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 43 de 2007 Senado, 324 de 2008 Cámara, por la cual se regulan los contratos de adhesión a los sistemas abiertos de tarjetas de pago y la tarifa interbancaria de intercambio.....	15
Ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 205 de 2007 Senado, 061 de 2008 Cámara, por medio de la cual se modifica el artículo 1° de la Ley 1148 de 2007.....	21
Ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 070 de 2008 Cámara, por la cual se modifican unos artículos de la Ley 23 de 1982	22