



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - Nº 35

Bogotá, D. C., viernes 12 de febrero de 2010

EDICIÓN DE 12 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

LEYES SANCIONADAS

LEY 1376 DE 2010

(enero 8)

por la cual se extiende el término de vigencia del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas Rurales Interconectadas - Faer y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas, Faer, creado por el artículo 105 de la Ley 788 de 2002, administrado por el Ministerio de Minas y Energía o por quien este delegue, tendrá vigencias hasta el 31 de diciembre de 2018. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) adoptará los ajustes necesarios a la regulación vigente para hacer cumplir el presente artículo.

Artículo 2°. Los recursos económicos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Interconectadas, Faer, se destinará para financiar planes, programas y proyectos priorizados de inversión para la construcción de la nueva infraestructura eléctrica y para la reposición y rehabilitación de la existente en Zonas de Difícil Gestión y Zonas Rurales de Menor Desarrollo, con el propósito de ampliar la cobertura, mejorar la calidad y continuidad del servicio y procurar la satisfacción de la demanda de energía en las Zonas Interconectadas. Igualmente seguirá financiando el Programa de Normalización de Redes Eléctricas, Prone, establecido en el artículo 63 de la Ley 812 de 2003.

Parágrafo 1°. Podrán presentarse proyectos de electrificación rural que tengan asociado líneas de interconexión de media tensión y subestaciones de distribución que permita incrementar la confiabilidad, calidad y la ampliación de cobertura con base en lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 1122 del 2008.

Artículo 3°. El Gobierno Nacional garantizará que los recursos recaudados para este propósito,

serán ejecutados en su totalidad y con destino exclusivo para lo dispuesto en el artículo 2° de la presente ley y no podrá adquirir con ellos Títulos de Tesorería TES o cualquier otro tipo de bonos, ni podrá aplazar ni congelar su ejecución.

Artículo 4°. La presente ley rige a partir de su expedición y deroga todas las leyes que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Javier Cáceres Leal.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

Edgar Alfonso Gómez Román.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

Jesús Alfonso Rodríguez Camargo.

República de Colombia – Gobierno Nacional
Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 8 de enero de 2010.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Oscar Iván Zuluaga Escobar.

El Ministro de Minas y Energía,

Hernán Martínez Torres.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 230 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se modifican los Decretos Legislativos 128 de 2010 y 131 de 2010 en materia del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Elimínese el artículo 16 del Decreto Legislativo 128 de 2010.

Artículo 2º. Modifíquese el artículo 11 del Decreto-ley 128 de 2010.

Artículo 11. *Financiación de las prestaciones excepcionales en salud.* Las prestaciones excepcionales de que trata el Decreto legislativo 128 de 2010, serán sometidas a consideración del Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales por parte de las EPS y EPSS. Cuando la EPS y la EPSS estén obligadas a la prestación de los mismos mediante acción de tutela y no estudian oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité, serán cubiertos los costos por partes iguales entre las EPS y EPSS, según el caso, y el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud - Fonpres.

Quando se traten de prestaciones excepcionales de carácter santuario, tales como prendas de vestir, actividades e insumos cosméticos, estéticas o con fines de embellecimiento, deberán ser asumidas por los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que las requieran.

Parágrafo. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fonpres haga el reconocimiento.

Artículo 3º. Modifíquese el numeral 7 del artículo 3º del Decreto Legislativo 128 de 2010.

Principios. El otorgamiento de prestaciones excepcionales en salud se regirá por los siguientes principios:

7. Finitud. Es la condición según la cual los recursos públicos disponibles y destinados a la cofinanciación de las prestaciones excepcionales en salud son finitos y, por lo tanto, hasta esa cuantía se puede responder anualmente por las prestaciones excepcionales de salud y por ello deben ser priorizadas, sin desconocer el derecho a la atención en salud de la población.

Artículo 4º. Modifíquese el artículo 9º del Decreto Legislativo 131 de 2010. Inclúyase un artículo 162A a la Ley 100 de 1993, del siguiente tenor:

“Artículo 162 A. *Del Plan Obligatorio de Salud.*

Es el conjunto de servicios para la atención de cualquier condición de salud, definidos de manera precisa con criterios de tipo técnico y con participación ciudadana, a que tiene derecho todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso de necesitarlo.

El Plan Obligatorio de Salud incluirá la prestación de servicios de salud a los afiliados en las fases de fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, según las condiciones que se definan para su cobertura y la protección integral de la salud de la

población con la articulación a los planes colectivos y de promoción de la salud del territorio nacional.

Los servicios del Plan Obligatorio de Salud se prestarán con la oportunidad que establezca el Ministerio de la Protección Social, atendiendo la pertinencia técnica científica y los recursos físicos, tecnológicos, económicos y humanos disponibles en el país y, deberán ser tenidos en cuenta por la Comisión de Regulación en Salud -CRES para la definición del Plan Obligatorio de Salud y el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”.

Parágrafo 1º. La base para la actualización de los Planes Obligatorios de Salud -POS de los regímenes contributivo y subsidiado, serán los planes de beneficios vigentes a la fecha de publicación del Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, conforme a los Acuerdos expedidos por la Comisión de Regulación en Salud -CRES o En desarrollo del principio de progresividad, las actualizaciones de los Planes Obligatorios de Salud -POS, tendrán como finalidad mejorar los servicios de atención en salud a la población afiliada.

Parágrafo 2º. El Plan Obligatorio de Salud contendrá servicios de baja, mediana y alta complejidad que de acuerdo con los estudios de pertinencia epidemiológica y costo efectividad consulten las necesidades de salud de la población, brindando cobertura, acceso y atención a la población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Artículo 5º. Modifíquese el artículo 12 del Decreto legislativo 131 de 2010.

“Artículo 12. *Actualización del Plan Obligatorio de Salud.* Se entiende por actualización del Plan Obligatorio de Salud, las modificaciones que se hacen dentro de sus componentes para responder a los cambios en las necesidades de salud de la población, teniendo en cuenta el avance en la ciencia y la tecnología adoptada en el país y las condiciones económicas y financieras del sistema.

Las modificaciones del Plan Obligatorio de Salud hacen referencia a las inclusiones y supresiones, exclusiones y sustituciones de tecnologías en salud, así como a los cambios de las condiciones en que éstas son cubiertas a los afiliados, en términos de frecuencia o intensidad de uso, concentración y oportunidad.

La Comisión de Regulación en Salud - CRES, en lo de su competencia, actualizará el Plan Obligatorio de Salud por lo menos una vez al año, en la actualización o modificación de dicho Plan Obligatorio de Salud, se deberán tener como referente los estándares y adoptar los mecanismos que se definen en el presente decreto.

Parágrafo transitorio. La Comisión de Regulación en Salud -CRES, actualizará el Plan Obligatorio de Salud en los términos y con la metodología definida en el presente decreto dentro del año siguiente a la publicación del mismo”.

Artículo 6º. Modifíquese el artículo 17 del Decreto Legislativo 131 de 2010.

Artículo 17. *Copagos, pagos compartidos y deducibles.* Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios al Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a copagos, pagos compartidos o

deducibles, para las atenciones y servicios, ambulatorios u hospitalarios, incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud. El Gobierno Nacional en conjunto con la Comisión de Regulación en Salud - CRES reglamentará la materia, en relación con el nivel de complejidad de la atención en salud y con la capacidad socio-económica de las personas.

Artículo 7º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción y publicación

Dilian Francisca Toro Torres, Ricardo Arias Mora (por ausencia),

Senadores de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. MARCO CONSTITUCIONAL

Constitución Política

“**Artículo 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

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.

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. (...)

JUSTIFICACIÓN

MARCO JURISPRUDENCIAL

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; 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.

Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, —*lo mínimo que debe hacer* [la autoridad responsable] *para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de* [un derecho fundamental] *en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos.*

El derecho a acceder a los servicios que se ‘requieran’.

Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que *requiera*, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuales depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud.

Determinación de la capacidad económica, en cada caso concreto. El concepto de carga soportable.

Se entiende que una persona carece de capacidad de pago cuando no tiene los recursos para sufragar cierto costo, o cuando se afecta su *mínimo vital*.

Como lo ha reiterado en varios casos la jurisprudencia constitucional, el derecho al mínimo vital no es una cuestión *cuantitativa* sino *cualitativa*. El mínimo vital de una persona depende de las condiciones socioeconómicas específicas en la que esta se encuentre, así como de las obligaciones que sobre ella pesen. El derecho al mínimo vital —*no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante.* Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, **se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona. Por ejemplo, un servicio de salud que**

se requiere constantemente y cuyo costo es superior a la mitad de los ingresos de la persona, o un servicio que se requiere una sola vez, pero que equivale a casi al doble de los ingresos mensuales de la persona. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Puede suceder que a una misma persona le sea imposible pagar un servicio cuyo costo es elevado pero si tenga capacidad económica para cancelar el valor de los medicamentos. De otro lado, en varias ocasiones la jurisprudencia ha señalado que se presume la falta de capacidad económica en cabeza de los beneficiarios del Sisbén. Pero esta condición fáctica que se presume en tales situaciones, puede ser desvirtuada y, en todo caso, depende del costo del servicio a asumir. **La jurisprudencia ha sostenido, incluso, que un sujeto de especial protección constitucional, en una precaria situación económica, sí tiene la capacidad de pago para asumir el costo del servicio si este no es alto.** (Subrayado fuera de texto)."

Sentencia T-859 de 2003

“Al adoptarse internamente un sistema de salud -no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la Sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, puede sostenerse que tiene **naturaleza de derecho fundamental**, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General número 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencia T-760 es muy clara en establecer que la valoración de la capacidad económica del afiliado debe ser observada a la luz de la prestación que se exige sea cubierta con su pecunio, es por esto que el proyecto establece en su artículo 2° sobre financiación de las prestaciones excepcionales que la evaluación para establecer la capacidad de pago del paciente se establece en consideración al costo del procedimiento, tratamiento, medicamento o cualquier clase de prestación que se requiera.

MARCO CONCEPTUAL

2. PLAN OBLIGATORIO DE SALUD

De acuerdo con la Ley 1122 de 2007 y el Acuerdo 8 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), el Plan Obligatorio de Salud (POS) es el conjunto de servicios de atención en salud a que tiene derecho en caso de necesitarlo todo afiliado tan-

to al régimen contributivo como al subsidiado, cuya prestación debe ser garantizada por las Entidades Promotoras de Salud a todos sus afiliados.

Es importante reconocer que el Plan Obligatorio de Salud debe responder al perfil epidemiológico de la población y para esto no debe limitar su inclusión a servicios de baja complejidad, sino que debe contener también servicios de mediana y alta complejidad que de acuerdo con los estudios de pertinencia epidemiológica y costo efectividad consulten las necesidades de salud de la población, brindando cobertura, acceso y atención a la población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De esta manera, la definición del POS citada y desarrollada en este proyecto de ley permite el reconocimiento de los planes de beneficio que existen hoy en día, tanto subsidiado como contributivo, dejando en pie que el Plan Obligatorio de Salud - POS actual será la base para la nueva actualización, es decir, al basarse en éste queda claro que los servicios incluidos en el POS serán de baja, mediana y alta complejidad de acuerdo a las necesidades citadas anteriormente. Además, se debe entender que el Sistema de Salud es un sistema progresivo; por tal razón, no se puede permitir que los avances logrados a la fecha en los servicios prestados en el POS sean excluidos de la redefinición del mismo; debido a que se eso significaría un retroceso y pérdida de los avances logrados.

Por tal razón, la ampliación, actualización e igualación del Plan Obligatorio de Salud permitirá disminuir los eventos NO POS o prestaciones excepcionales en Salud; dado que al cubrir el Plan Obligatorio de Salud servicios de baja, mediana y alta complejidad garantizará el cubrimiento de las necesidades de salud de la población, brindando cobertura, acceso y atención a la población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3. CESANTÍAS

Por otro lado, frente a las disposiciones que se contienen en el Decreto Legislativo 128 de 2010 en el cual se abre la posibilidad que para el financiamiento de las prestaciones excepcionales en salud los afiliados puedan disponer de sus saldos contenidos en Fondos de Cesantías y Pensiones, es necesario realizar las siguientes precisiones:

Las cesantías son una prestación social establecida por la ley y que tiene como naturaleza jurídica amparar al trabajador cuando éste queda cesante o desempleado, en otras palabras se tienen característica de servir como seguro de desempleo, y todo empleador tiene la obligación de reconocérselas a sus trabajadores al terminar la relación laboral si no han sido depositadas en su fondo.

Según la legislación colombiana los usos de las cesantías son los siguientes:

1. Educación

Para financiar pagos por concepto de matrículas del trabajador, cónyuge, compañero(a) permanente y sus hijos en entidades superiores reconocidas por el Estado o para el desarrollo y trabajo humano reconocido por el estado.

Para pago de créditos con el Icetex.

- El retiro de cesantías para el pago de “Diplomados” solo es posible cuando es opción para derecho de grado a los estudiantes de último semestre de pre-

grado, para lo cual deben traer recibo de matrícula y constancia de la Universidad en la cual certifica que es tomado en el último semestre de pregrado y es optativo para acceder al grado.

2. Vivienda

Adquisición de vivienda con su terreno o lote; Adquisición de terreno o lote únicamente; Construcción de vivienda, cuando este se haga sobre el lote o terreno del trabajador interesado o de su cónyuge, ampliación, reparación o mejora de la vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge; Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos que afecten realmente la casa o el terreno edificable de propiedad del trabajador; y adquisición de títulos de vivienda sobre planes de los empleadores o de los trabajadores para construcción de las mismas, contratadas con entidades oficiales o privadas¹.

De esta manera, las cesantías se constituyen en recursos que el empleado ahorra para el caso en que este quede cesante y así poder solventar sus necesidades económicas mientras se reintegra formalmente al mercado laboral. No obstante, la legislación colombiana permite hacer uso de las cesantías en ciertos casos, uno de ellos es la educación, haciendo énfasis en que estos recursos van a permitir a la persona una mejor capacitación y así lograr un mejor empleo y estabilidad laboral, y en ninguno de los casos estos anticipos comprometen los saldos que tengan los trabajadores en esta prestación.

4. PENSIONES

Por otro lado, las pensiones se encuentran regidas por la Ley 100 de 1993 en el Libro I, el cual consagra que el Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, **el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte**, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones. (Subrayado fuera del texto).

De esta manera, la Ley 100 de 1993 determinó que el objeto de las pensiones sería generar un volumen de recursos para aquellas personas que al terminar su vida laboral activa perdían el ingreso recurrente derivado del salario; por tal razón, las pensiones son un ahorro que hace la persona para solventar y dar estabilidad económica a su vida luego de desvincularse del mercado laboral.

Es imposible que se imponga a estas prestaciones una destinación distinta a la que fue creada, pues en el caso de acaecimiento de la contingencia que se pretende proteger la persona se encontraría en condición de absoluto desamparo, y de esta manera el uso de estos recursos para un destino diferente al previsto llevaría a agravar la situación del afiliado que podría llegar a la total iliquidez y pagando una prestación de salud.

5. FINITUD DE LOS RECURSOS PARA EL PAGO DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD

La finitud respecto a la financiación de las prestaciones excepcionales en salud no se puede encasillar en que el Gobierno Nacional destina anualmente un

monto de recursos para responder por estas prestaciones; debido a que el derecho de la salud no se puede anteponer a la sostenibilidad financiera de un Sistema. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: —[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad².

Por estas razones expuestas presentamos a consideración del Congreso de la República este proyecto de ley que tiene como finalidad primordial corregir algunas fallas en que se incurrieron en la expedición del decreto legislativo.

Dilian Francisca Toro Torres, Ricardo Arias Mora, Senadores de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General

(Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 11 del mes de febrero del año 2010 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 230, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por la honorable Senadora *Dilian Francisca Toro*.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 231 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la Red Pública y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Las actividades propias del POS subsidiado incluidas las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las EPS del Régimen Subsidiado.

La prestación de los servicios para la atención de Promoción y Prevención se hará a través de la red Pública Contratada por las Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado - EPSS del respectivo municipio, aplicando mecanismos de Atención Primaria en Salud. Cuando las Empresas Sociales del Estado - ESE no tengan capacidad para prestar estos servicios de promoción y prevención de acuerdo con los indicadores existentes o cuando los resultados pactados entre Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado y las Empresas Sociales del Estado se incumplan, estos servicios podrán prestarse a través de otras entidades, previa autorización del

¹ Léase en: http://www.porvenir.com.co/portal/page?_pageid=813,4152035&_dad=portal&_schema=PORTAL

² Sentencia T-760 de 2008 Pág. 25

Ministerio de la Protección Social o en quien este delegue.

Parágrafo. El Ministerio de la Protección Social establecerá indicadores que permitan el adecuado seguimiento a los contratos suscritos y al cumplimiento de las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención que se establezcan en los mismos.

Artículo 2º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción y publicación.

En ausencia:

Dilian Francisca Toro Torres, Ricardo Arias Mora (por ausencia),

Senadores de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS ACCIONES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN

DEFINICIÓN

Las acciones de promoción y prevención se deben entender como aquellas actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana.

• **DEMANDA INDUCIDA.** Son todas las acciones encaminadas a informar y educar a la población afiliada, con el fin de dar cumplimiento a las actividades, procedimientos e intervenciones de protección específica y detección temprana establecidas en las normas técnicas.

• **PROTECCIÓN ESPECÍFICA.** Es el conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a garantizar la protección de los afiliados frente a un riesgo específico, con el fin de evitar la presencia de la enfermedad.

• **DETECCIÓN TEMPRANA.** Es el conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones que permiten identificar en forma oportuna y efectiva la enfermedad, facilitan su diagnóstico precoz, el tratamiento oportuno, la reducción de su duración y el daño causado, evitando secuelas, incapacidad y muerte.

Las acciones de promoción y prevención son dirigidas a evitar los factores de riesgo en la población con una detección temprana acogiendo criterios de auto cuidado y de Atención Primaria en Salud que permita el acceso de mayor índice de población, siendo el primer nivel de contacto de los individuos, las familias y la comunidad con el Sistema Nacional de Salud, trayendo los cuidados de salud tan cerca como sea posible al lugar donde la gente vive y trabaja, y constituye el primer eslabón de la atención ideal.

ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD – APS

En la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria en Salud de Alma Ata en 1978, convocada por la Organización Mundial de la Salud, se adoptaron por consenso los países la definición de Atención Primaria en Salud como: “El conjunto de cuidados de salud básicos construidos sobre métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundamentados y socialmente aceptables, que son accesibles a individuos y familias, a través de su plena participación y a un costo que la comunidad y el país pueden sufragar en forma sostenible en cada etapa de su desarrollo, dentro del espíritu de confianza en sí mismo, autoresponsabilidad y de autodeterminación. La Aten-

ción Primaria forma una parte integral tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad”

LEGISLACIÓN ANTERIOR

Antes de la reforma impuesta por los Decretos Legislativos 131 y 133 de 2010, las acciones de promoción y prevención para el régimen subsidiado se prestaban de manera obligatoria por la Red Pública del Sistema, de esta manera se disponía en la Ley 1122 de 2007:

“Artículo 14. Organización del aseguramiento.

Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

(...)

f) El valor total de la UPC del Régimen Subsidiado será entregado a las EPS del régimen subsidiado. Las actividades propias del POS subsidiado incluidas las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las EPS del Régimen Subsidiado.

La prestación de los servicios para la atención de Promoción y Prevención se hará a través de la red pública contratada por las EPS del Régimen Subsidiado del respectivo municipio. Cuando las ESE no tengan capacidad para prestar estos servicios de promoción y prevención o cuando los resultados pactados entre EPS del Régimen Subsidiado y las ESE se incumplan, estos servicios podrán prestarse a través de otras entidades, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o en quien este delegue. Los municipios acordarán con las EPS del Régimen Subsidiado los mecanismos para que las atenciones en salud y de promoción y prevención se efectúen cerca a la residencia del afiliado, con agilidad y celeridad; (...).”

Contando para esto con recursos asignados de la UPC-S que ingresaban a la Red Pública en condición a la capitación de esta actividad con los Decretos Legislativos 131 y 133 se modifica este criterio. Se quita la ejecución de actividades y procedimientos de promoción y prevención a los hospitales, razón de ser de estas instituciones, especialmente, las de baja complejidad, fomentado la falta de integralidad en la prestación de los servicios de salud, en detrimento del usuario y de la red pública, argumentando el in-

cumplimiento de metas cuando la responsabilidad de la demanda inducida es de las EPSs.

“Artículo 42. Prestación de actividades de promoción y prevención. Las acciones de promoción y prevención de baja complejidad deberán prestarse a través de la red pública o privada habilitada del municipio de residencia del municipio del afiliado.

Los servicios de promoción y prevención de mayor de complejidad se deberán contratar con la red habilitada de la región. En cualquier caso se procurará que estas atenciones se efectúen cerca de la residencia del afiliado con agilidad y celeridad¹”.

El Decreto 133 exceptúa de los contratos por capitación las acciones de promoción y prevención, que tradicionalmente han efectuado los hospitales públicos, y por lo tanto, abre la brecha para que la EPS-S deje de contratar estas actividades con las ESE. Esta decisión va en contravía de la atención integral de los usuarios, además que disminuir aun más los ingresos de los hospitales.

“Artículo 2º. Reglas especiales para la contratación con el mecanismo de pago por capitación. Con el fin de garantizar el adecuado acceso y calidad en la prestación de servicios a la población y un apropiado flujo de recursos, se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de acuerdos de voluntades con el mecanismo de pago por capitación, entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de tales servicios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud:

a) Solo se podrán realizar acuerdos de voluntades por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad.

b) Se excluyen de los acuerdos de voluntades por el mecanismo de pago por capitación las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que deben hacerse bajo un esquema de inducción de la demanda, de acuerdo con la normatividad vigente.

c) Se establecerán indicadores que permitan el adecuado seguimiento a los acuerdos de voluntades y al cumplimiento de las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención que se establezcan en los mismos, de acuerdo con la normatividad expedida por el Ministerio de la Protección Social.

Parágrafo. Las restricciones aquí previstas no aplican a los acuerdos de voluntades con mecanismos de pago diferentes a la capitación.

Parágrafo transitorio: Los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios bajo el mecanismo de pago por capitación que se encuentren en curso a la fecha en que entre a regir el presente decreto, continuarán sujetos a las condiciones establecidas en los mismos hasta su terminación. En caso de que los acuerdos de voluntades sean prorrogados, las prorrogas deberán ajustar el tipo de servicios incluidos en los contratos a lo aquí dispuesto”.

En ausencia:

Dilian Francisca Toro Torres, Ricardo Arias Mora (por ausencia), Senadores de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General

(Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 11 del mes de febrero del año 2010 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 231, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores *Dilian Francisca Toro* y *Ricardo Arias M.*

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 232 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se modifica el Decreto Legislativo 131 de 2010 en materia de Autonomía Profesional de los médicos y odontólogos y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA

Artículo 1º. Sustitúyase el artículo 23 del Decreto Legislativo 131 de 2010, en el siguiente sentido:

AUTONOMÍA PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS Y ODONTÓLOGOS. Entiéndase por Autonomía de las profesiones médica y odontológica como la garantía que el médico y el odontólogo pueden emitir y ejercer con toda libertad su juicio profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes, siendo la autonomía un componente esencial de la atención médica y odontológica de alta calidad entendida bajo la aplicación del principio de ética.

Artículo 2º. Sustitúyase el artículo 24 del Decreto Legislativo 131 de 2010, en el siguiente sentido:

ESTÁNDARES DE ATENCIÓN EN SALUD. El ejercicio profesional médico y odontológico se regirá por estándares, entendidos como un referente indicativo que contiene un conjunto de actividades basadas en evidencia científica de los diferentes consensos, guías, manuales y experiencia, que serán definidas por la Academia Nacional de Medicina y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas para los médicos, y por la Federación Odontológica Colombiana para los Odontólogos.

Parágrafo. En el desarrollo del ejercicio de la autonomía profesional los médicos y odontólogos podrán apartarse de los estándares siempre y cuando su criterio, conocimiento y experiencia así lo determine.

Artículo 3º. Sustitúyase el artículo 5º del Decreto Legislativo 131 de 2010.

APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES ADOPTADOS POR EL ORGANISMO TÉCNICO CIENTÍFICO EN SALUD. Los estándares basados en evidencia científica de los diferentes consensos, guías, manuales y experiencia, adoptados por dichos Organismos, serán vinculantes para todos los actores del Sistema para la prestación de los servicios de salud. Los referentes que hagan parte de los estándares basados en evidencia serán objeto de actualización periódica, como mínimo anual, y servirán de recomendación para su incorporación por la Comisión Reguladora de Salud - CRES al Plan Obligatorio de Salud - POS.

¹ Decreto Legislativo 131 de 2010.

Artículo 4°. Autorregulación. Entendida como el conjunto concertado de acciones necesarias para tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales derivadas de su ejercicio, de acuerdo con los parámetros y criterios establecidos en la Ley 1164 de 2007.

Artículo 5°. Sustitúyase el artículo 29 del Decreto Legislativo 131 de 2010.

CONFLICTO DE INTERESES. Las presunciones de conflicto de intereses serán reglamentadas para los médicos por el Tribunal Nacional de Ética Médica en conjunto con el Colegio Médico Colombiano y la Academia Nacional de Medicina, y para los odontólogos por el Tribunal Nacional de Odontología y el Colegio Colombiano de Odontólogos.

Artículo 6°. Sustitúyase el artículo 31 del Decreto Legislativo 131 de 2010.

SANCIONES AL PROFESIONAL MÉDICO U ODONTOLÓGICO. El apartarse sin justificación aceptable de una recomendación incluida en un estándar de referencia, en los términos del artículo 2° de la presente ley, acarreará las sanciones contenidas en la Ley 23 de 1981 artículo 83 para los médicos y la Ley 35 de 1989 artículo 79 para los odontólogos. Los tribunales de ética médica y ética odontológica designarán pares calificados para que emitan conceptos sobre la configuración del mérito para iniciar investigación de acuerdo a la causal que trata el presente artículo, y será competente para conocer del proceso y tomar decisión el Tribunal Seccional Ético Profesional Médico u odontológico correspondiente.

Parágrafo. En la aplicación de las sanciones a que se refiere el presente artículo se observará el debido proceso, la tasación de la sanción se realizará de acuerdo a la gravedad del hecho.

Artículo 7°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción y publicación.

Dilian Francisca Toro Torres, Ricardo Arias Mora (por ausencia),

Senadores de la República.

MARCO CONCEPTUAL

CONCEPTO DE AUTONOMÍA

La Organización Mundial de la Salud define las Acciones Médicas como las acciones que tienen por objeto beneficiar a las personas y la comunidad, el establecimiento de la prevención, en sus diversas etapas como un parámetro para la curación y el alivio al sufrimiento humano.

El Acto Médico debe siempre dirigirse a garantizar la prevención: primaria, secundaria y terciaria.

- Prevención primaria, se define como la promoción de la salud y la prevención de enfermedades o profilaxis;
- Prevención secundaria, definida como la prevención del desarrollo de la enfermedad o la realización de procedimientos diagnósticos o terapéuticos;
- Prevención terciaria, definida como la prevención de la discapacidad y rehabilitación los enfermos

Los actos de los médicos y odontólogos deben ser siempre dirigidos a buscar el restablecimiento de la salud de las personas, en este sentido, dichos actos implican el diagnóstico y las indicaciones terapéuticas, y deben ser ejercidos por profesionales cualificados y preparados para hacerlo, esta formación holística subsume un comportamiento ético que debe acompañar las actuaciones profesionales.

En este sentido la Ley 1164 de 2007 “Talento Humano en Salud” establece las disposiciones relacionadas con los procesos de planeación, formación, vigilancia y control del ejercicio, desempeño y ética del Talento Humano del área de Salud, entendido en este Talento Humano los profesionales Médicos y Odontólogos.

En esta ley se reconoce de igual manera el Acto propio de los profesionales de la salud, y tal como se indicó al inicio del documento, reconociéndolo como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario y estableciendo que el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario; sin desconocimiento a la responsabilidad permanente de autorregularse.

Esta Autonomía profesional tiene como elemento principal la garantía que el médico y odontólogo pueden emitir con toda libertad su opinión profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes, considerándose un principio esencial de la ética.

CONCEPTO DE AUTORREGULACIÓN

De otra parte la Autorregulación está concebida en la Ley 1164 de 2007, bajo la óptica de los siguientes criterios:

- a) La actitud profesional responsable que permita la adopción de una conducta ética para mayor beneficio de los usuarios;
- b) La competencia profesional que asigne calidad en la atención prestada a los usuarios.
- c) El criterio de racionalización del gasto en salud dado que los recursos son bienes limitados y de beneficio social;
- d) El mantenimiento de la pertinencia clínica y uso racional de la tecnología con base en el autocontrol y la generación de prácticas y guías y/o protocolos de atención en salud comúnmente aceptadas;
- e) La actuación de las sociedades científicas, universidades, asociaciones de facultades, en la expedición de guías y normas de atención integral.

Si bien la Autonomía y la Autorregulación se imponen en el reconocimiento de la ética profesional, también es necesario reconocer que las actuaciones profesionales para médicos y odontólogos deben estar orientadas por estándares que sirvan de referente en el ejercicio profesional, toda vez que estos estándares son diseñados y adoptados por éstos profesionales a través de las Instituciones que los represente; con esta medida se pretende:

- Como ya se dijo orientar al profesional
- Articular criterios en el sistema al ser los estándares referentes para la actualización del Plan Obligatorio en Salud

ÉTICA

“La formación y el desempeño del Talento Humano en Salud, debe estar enmarcado en el contexto cuidadoso de la vida y la dignidad del ser humano¹”.

En la profesión médica la Ley de 23 de 1981 “Ley de Ética Médica”, ha dispuesto que el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguarden los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.

¹ Ley 1164 de 2007.

“Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen si por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas. La presente Ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia²”.

De igual manera la Ley 35 de 1989 dispone para los Odontólogos:

“El profesional odontólogo es un servidor de la sociedad y, por consiguiente, debe someterse a las exigencias que se derivan de la naturaleza y dignidad humanas. De acuerdo con lo anterior, la atención al público exige como obligación primaria dar servicios profesionales de calidad y en forma oportuna”

“El odontólogo respetará y hará respetar su profesión, procediendo en todo momento con prudencia y probidad. Sus conocimientos no podrá emplearlos ilegal o inmoralmente. En ningún caso utilizará procedimientos que menoscaben el bienestar de sus pacientes³”.

Entendiendo la ética como la ciencia que estudia y consagra los más elevados estándares de moralidad, de implicaciones humanísticas que tiene como principal fin la prestación del servicio y la atención con los criterios de calidad, se establece que el apartarse de los estándares de referencia consagrados en el proyecto de ley de manera **injustificada** acarreará sanciones a las cuales las antecede un debido proceso disciplinario avocado por los Tribunales de Ética correspondientes de acuerdo a la profesión, los cuales se consagra que de oficio por los miembros del tribunal, por solicitud de una entidad o de cualquier

persona se iniciará la investigación para la cual será necesario presentarse por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la ética médica.

Y las sanciones a imponer se establecen de acuerdo a su gravedad y van desde

- a) Amonestación privada;
- b) Censura, que podrá ser:
 1. Escrita pero privada.
 2. Escrita y pública.
 3. Verbal y pública.
- c) Suspensión en el ejercicio de la profesión;

Por las razones expuestas no es posible que vía Decreto Legislativo se desconozcan definiciones y criterios avalados internacionalmente y que los mismos ya habían sido adoptados en la legislación colombiana, los cuales se establecen en el reconocimiento de la atención integral del paciente.

Dilian Francisca Toro Torres, Ricardo Arias Mora (por ausencia),

Senadores de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General

(Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 11 del mes de febrero del año 2010 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 232, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores *Dilian Francisca Toro y Ricardo Arias*.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURIDICO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 37 DE 2009 SENADO

por medio del cual se establece un solo cobro en los aportes en salud y pensión a los contratistas de prestación de servicios que tengan dos o más contratos.

10000 - 000407

Bogotá, D. C., 4 de febrero de 2010

Doctor

JESUS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Secretario Comisión Séptima

Honorable Senado de la República

Ciudad

Asunto. Proyecto de ley número 37 de 2009 Senado, *por medio del cual se establece un solo cobro en los aportes en salud y pensión a los contratistas de prestación de servicios que tengan dos o más contratos.*

Respetado doctor:

Cursa en esa comisión la iniciativa parlamentaria de la referencia, la cual está pendiente de rendir ponencia en primer debate, por lo que consideramos oportuno dar a conocer el concepto institucional en relación con su contenido desde la perspectiva del

Sector de la Protección Social, tomando como documento base el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 648 de 2009.

Una vez estudiado el contenido del proyecto de ley y su correspondiente exposición de motivos, cuyo objeto es establecer que aquellas personas que prestan sus servicios profesionales a través de dos (2) o más contratos de prestación de servicios estén obligados a aportar a la seguridad social tomando como base de liquidación, el valor de los honorarios más altos y no la suma de los honorarios correspondientes a todos los contratos de prestación de servicios, se puede establecer que dicha iniciativa se ajusta a lo dispuesto en los artículos 158 y 169 de la Constitución Política que hacen referencia a la unidad de materia y al título de la ley.

No sucede lo mismo con respecto al artículo 154 de la Constitución Política referente al origen de la iniciativa, ya que dicho artículo establece que si bien, las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156 ibídem o por iniciativa popular con el cumplimiento de ciertos requisitos, sólo podrán ser presentadas por iniciativa del Gobierno Nacional las leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas, por lo tanto, debido a que el proyecto de ley comporta un carác-

² Artículo 1º. Ley 23 de 1981.

³ Artículo 1º Ley 35 de 1989.

ter tributario al exonerar de la contribución - aporte en salud y pensión sobre parte de los ingresos percibidos por los trabajadores que prestan sus servicios profesionales a través de dos (2) o más contratos de prestación de servicios, esta Cartera Ministerial considera que la iniciativa en este caso está reservada al Gobierno Nacional.

De otro lado, este Ministerio considera importante hacer las siguientes consideraciones de carácter legal y constitucional:

Los artículos 1° y 2° de la Ley 100 de 1993, establecen que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten y comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico de salud y servicios complementarios establecidos por ley, con base en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

De igual manera el artículo 204 de la mencionada ley establece que la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será máximo del 12% del salario base de cotización, (no inferior al salario mínimo), **del cual un punto será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.**

Lo anterior indica que los aportes que los afiliados al régimen contributivo realizan al Sistema General de Seguridad Social en Salud ayudan a financiar el régimen de aquellos que no tienen capacidad de pago, esto es, de los afiliados al régimen subsidiado.

Dichas normas tienen un sólido soporte constitucional. La Carta Política caracterizó el Estado como un Estado Social de Derecho, lo que conllevó a la adicional reflexión sobre la necesidad de ampliar la cobertura de la seguridad social tanto en su contenido programático como en su contenido prestacional. Bajo el soporte de conceptos como la universalidad y la solidaridad, la prevalencia de los derechos de los niños y adolescentes, la protección a la vejez, la protección a la mujer cabeza de familia, la especial protección a los discapacitados, entre otros sectores de la población, se desarrolló un principio fundamental de nuestro Estado Social que es a la vez un derecho fundamental, y es el establecimiento de condiciones por medio de las cuales se propenda por la igualdad real (art. 13).

Así mismo, en el Sistema Constitucional colombiano la seguridad social tiene una doble naturaleza jurídica, de un lado, es un servicio público esencial inherente a la finalidad social del Estado en los términos del artículo 365 Superior, que aunque materialmente puede ser prestado por particulares, debe estar siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado, quien debe asegurar su prestación eficiente y ampliar progresivamente su cobertura y de otro, es un derecho irrenunciable que debe ser garantizado a todos los habitantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro de un esquema solidario, eficiente y universal, la contribu-

ción proporcional a la capacidad de pago además de ser uno de los vértices de cualquier sistema tributario (art. 363 C. Pol.), constituye una de las condiciones por medio de las cuales se propende por una igualdad real, pues como ya se planteó, en el caso de las contribuciones con destino a la financiación de la salud, el sistema plantea una solidaridad interna entre aquellos que tienen capacidad de pago y los que no la tienen al establecerse que un punto de la cotización en salud del régimen contributivo debe destinarse a la financiación del régimen subsidiado, lo que contribuye a cumplir con la finalidad de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional el acceso a los servicios de salud.

De esta manera, resulta evidente que si quienes tienen capacidad de pago no realizan sus cotizaciones tomando como base la totalidad de sus ingresos, de un lado se desconoce el principio de solidaridad que gobierna el Sistema de Seguridad Social Integral y de otro, se disminuyen considerablemente los recursos con cargo a los cuales se financia el régimen subsidiado, lo que afecta directamente la continuidad de los planes de beneficios de dicho régimen.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el Sistema de Seguridad Social Integral, en especial, en el Sistema de Seguridad Social en Salud, la generalidad de los recursos se utilizan para financiar indistintamente a un gran número de beneficiarios, el legislador desarrolla y potencializa los principios de solidaridad y universalidad, integrando en el Sistema a sectores que consuetudinariamente se encuentran marginados, dentro de un concepto ampliado de parafiscalidad que le sirve de sustento. No puede perderse de vista la naturaleza del servicio que se protege, tal como tradicionalmente lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“La salud es uno de aquellos derechos que por su carácter inherente a la existencia de todo ser humano se encuentra protegido en nuestro ordenamiento, especialmente en aras de una igualdad real y efectiva, en las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (C. P. artículo 13 inciso 3°). Este derecho busca además, y en forma primordial, el aseguramiento del derecho fundamental por naturaleza: la vida (C. P. artículo 11), por lo que su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del gobierno y del legislador, en aras a su efectiva protección”¹.

Ello explica, entre otras razones, la inclusión de los trabajadores independientes con capacidad de pago como contribuyentes al régimen contributivo de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, en la exposición de motivos de la Ley 1122 de 2007 se estableció:

“Sin embargo, la meta de cobertura universal en el Régimen Subsidiado no puede alcanzarse con los recursos hoy disponibles; estos solo permiten asegurar la sostenibilidad de la afiliación actual que asciende a 19 millones de personas. Por ello se requiere la implementación de cambios legales a la organización y financiamiento del Régimen Subsidiado para cumplir con el mandato constitucional de universalidad. El Gobierno Nacional y el Congre-

¹ Corte Constitucional, Sent. T-571 de 26 de octubre de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

so de la República deben garantizar en las leyes de presupuesto de los próximos tres años los recursos necesarios para lograr la cobertura universal y en los años siguientes asegurar su continuidad; además de una transformación de subsidios de oferta en los recursos del SGP, se requerirán nuevas fuentes de recursos anuales por cerca de 1.3 billones de pesos de 2006”².

Por ello, en dicha ley se advierten determinaciones claras destinadas a financiar la cobertura universal y a focalizar a sus beneficiarios. El artículo 9º precisa que el Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del Sisbén de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema; el artículo 11 determina los recursos que acrecen el régimen subsidiado, entre los que se encuentra el 0,5% adicional de que trata el artículo 10; los literales a), b), c), d), i) y m) del artículo 14, determinan la población beneficiaria del régimen subsidiado y los artículos 21 y 22 que establecen la posibilidad de movilidad entre el régimen contributivo y el subsidiado y el subsidio a la cotización. Se trata, entonces, de una serie de medidas generalizadas que persiguen básicamente la incorporación de un sector de la población no afiliada.

Ahora bien, frente al Principio de solidaridad la Corte Constitucional estableció:

“(…) el significado concreto del principio de solidaridad en materia de seguridad social fue definido por el legislador indicando que en este terreno comporta “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”, y que es deber del Estado garantizar la efectividad de la solidaridad en el Régimen de Seguridad Social “mediante su participación, control y dirección del mismo”. Agregó el legislador que “los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables”³.

También la jurisprudencia ha explicado las consecuencias del principio de solidaridad en el campo de la Seguridad Social, señalando que en esta materia tal principio “implica que todos los participantes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto”⁴ y que “la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad”⁵.

Así las cosas, debido a la vigencia del principio constitucional de solidaridad, en los sistemas de seguridad social tanto en salud como en pensiones no se presenta una relación contractual bilateral o estrictamente conmutativa entre lo que aporta el contribuyente al sistema y lo que posteriormente recibe, y tales aportes deben ser fijados de conformidad con

criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores⁶.

En efecto, si algo caracteriza la financiación del régimen subsidiado es que proviene de los sectores con capacidad de pago y los redistribuye hacia aquellos núcleos de población desprovistos de la posibilidad de contribuir y, respecto de los cuales, el Estado debe garantizar el acceso a la salud. Nótese que la propia ley involucra un esfuerzo presupuestal por parte del Estado (cfr. art. 11, numeral 2), literal b).

Es así como con el esquema adoptado en materia de financiamiento, como venía sucediendo con la adopción de la Ley 100 de 1993, el monto de la cotización obligatoria señalado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 e introducido con la expresión “la cotización al régimen contributivo de salud”, dada su naturaleza contributiva, aplica a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en virtud de los principios que gobiernan el sistema tributario, en especial, el principio de generalidad del tributo y de equidad tributaria que se encuentra en consonancia con el principio de igualdad.

En todo caso, la dinámica misma de la parafiscalidad revela cuán relevante es el tema de solidaridad:

“En consecuencia, frente a una determinada política tributaria progresista o solidaria, no cabe alegar el derecho a ejercer la libertad económica. Si los recursos recaudados mediante impuestos, tasas o contribuciones están destinados a cumplir los fines esenciales del Estado social de derecho, no puede decirse que con su política el Estado atenta contra los derechos de libertad económica. Por el contrario, una política de esta naturaleza no estaría haciendo cosa distinta de crear las condiciones reales para que las decisiones libremente tomadas puedan ser desarrolladas, dentro del marco de la economía de mercado. (...)”⁷

Como se observa, la viabilidad del sistema reside en mantener un equilibrio entre cotizantes y no cotizantes pues de lo contrario el SGSSS no sería viable ni sostenible. Adicionalmente, quienes cotizan deben mantener el nivel de cotización para evitar que tanto la solidaridad interna en el contributivo (quienes cotizan más frente a quienes cotizan menos pero reciben igual plan de beneficios) como la solidaridad hacia quienes no tienen capacidad de pago (régimen subsidiado) se frustre.

El elemento anterior está en la raíz de la Sentencia T-760 de 2008⁸ y sin duda se encuentra estrechamente relacionado con los principios de universalidad y solidaridad como se ha visto. En efecto, las órdenes contenidas en la sentencia referida exigen tanto la unificación de los planes de beneficio como la universalización hacia todos los habitantes del territorio nacional. Sólo si la financiación se mantiene y se incrementa, se logrará la atenuación de los márgenes de evasión y elusión al SGSSS y se conseguirán tales cometidos, de lo contrario, medidas como las que se proponen en el proyecto de ley objeto de

² Exposición de motivos al proyecto de ley 004 de 2006 presentado por el Ministro de la Protección Social.

³ Sentencia C – 126 de 2000 M. P. Alejandro Martínez Caballero

⁴ ibídem

⁵ Ibídem

⁶ Corte Constitucional, Sentencia. C-1054 de 26 de octubre de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Corte Constitucional, Sent. T-571 de 26 de octubre de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

⁸ Corte Constitucional, Sent. T-760 de 31 de julio de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

estudio, distancian al Estado de dichos propósitos por lo que deben ser vistas como regresivas⁹.

Vale la pena resaltar la posición de la Corte Constitucional frente a las normas que obligan a los trabajadores independientes a ser cotizantes al Sistema General de Seguridad Social:

“(…)Así las cosas, no aparece comprometido ni resquebrajado el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores independientes con capacidad de pago, por el hecho de que la Ley 100 de 1993 los haya incluido dentro de una de las categorías de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto -a diferencia de lo que piensa el demandante- la afiliación contemplada por el legislador no es un elemento exclusivamente ligado a la libre opción individual de asegurar o no los propios riesgos sino una forma razonable de vincular a quienes precisamente gozan de capacidad de pago al eficaz funcionamiento del sistema de seguridad social, merced a su contribución. Eso es lo propio del Estado Social de Derecho (artículo 1° C. P.) y lo que resulta de la función que el Constituyente ha encomendado a las autoridades de la República -entre ellas el legislador-, las cuales deben “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (artículo 2° C.P.)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera esta Cartera Ministerial que las normas proyectadas no sólo resultan inconvenientes sino que además son inconstitucionales.

Por último frente al artículo 5° del proyecto de ley que establece que la violación de las disposiciones allí consagradas acarreará multas entre los 100 y los 500 salarios mínimos y en caso de que persista la violación o se reitere el incumplimiento se podrá cancelar la licencia de funcionamiento de las entidades promotoras de salud y de los fondos de pensiones, es necesario manifestar que en criterio de este Ministerio no se respeta el principio de proporcionalidad en la sanción, consustancial a todo derecho represivo. En efecto, la pérdida de habilitación suele ser la pena más grave y debe imponerse en los casos en que se haya afectado sensiblemente un deber jurídico. Tampoco se establece expresamente quién es la autoridad que impone las sanciones, tema que debe quedar claramente señalado por el legislador. Sobre el particular la Corte Constitucional ha puntualizado.

“(…) el régimen sancionatorio administrativo debe estar caracterizado, entre otros, por los siguientes elementos:

- *Tipicidad, o descripción clara de la conducta sancionable.*
- *Consecuencia por incurrir en la conducta, v. gr., la sanción. Debe, igualmente, estar claramente determinada de tal forma que no se deba acudir a analogías o adaptaciones normativas.*
- *Proporcionalidad de la sanción, vale decir, correspondencia entre la conducta sancionable y la consecuencia a que ello conduce.*

Así mismo, debe agotarse un procedimiento para sancionar. Se observa que no existen criterios de proporcionalidad ni un trámite o remisión al mismo que si bien aplicaría el C. C. A, por lo previsto en el

⁹ Para revisar la regresividad se puede consultar, Corte Constitucional, Sent. C-507 de 21 de mayo de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

artículo 1° del mismo, la actuación administrativa allí prevista no cuenta con un desarrollo propio del procedimiento sancionatorio. Por otra parte, no es claro cuál es el juez natural”¹⁰.

En estos términos, este Ministerio deja expuesta su posición frente al contenido del proyecto de ley, el cual se considera inconveniente y en virtud del efecto de disminución de recursos sin justificación alguna, resulta inconstitucional.

Diego Palacio Betancourt

Ministro de la Protección Social

C.C. H. S. Rodrigo Lara Restrepo – Coordinador de ponentes

H. S. Luis Carlos Avellaneda – Ponente

H. S. Jorge Ballesteros B - Ponente

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los cuatro (4) días del mes de febrero año dos mil diez (2010).- En la presente fecha se autoriza la publicación en la Gaceta del Congreso, de la República, el concepto Jurídico, del Ministerio de la Protección Social, suscrito por el doctor Diego Palacio Betancourt, frente, en seis (06) folios, al **Proyecto de ley número 37 de 2009 Senado, por medio del cual se establece un solo cobro en los aportes en salud y pensión a los contratistas de prestación de servicios que tengan dos o más contratos**”. Autoría del Proyecto de ley del honorable Senador *Jorge Eliécer Porto*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C – 379 de 2008 MP Humberto Sierra Proto.

CONTENIDO

Gaceta número 35 - Viernes 12 de febrero de 2010
SENADO DE LA REPÚBLICA

	Pág.
LEYES SANCIONADAS	
Ley 1376 de 2010, por la cual se extiende el término de vigencia del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas Rurales Interconectadas - Faer y se dictan otras disposiciones.....	1
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 230 de 2010 Senado, por medio de la cual se modifican los Decretos Legislativos 128 de 2010 y 131 de 2010 en materia del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones	2
Proyecto de ley número 231 de 2010 Senado, por medio de la cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la Red Pública y se dictan otras disposiciones	5
Proyecto de ley número 232 de 2010 Senado, por medio de la cual se modifica el Decreto Legislativo 131 de 2010 en materia de Autonomía Profesional de los médicos y odontólogos y se dictan otras disposiciones.....	7
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico al Proyecto de ley número 37 de 2009 Senado, por medio del cual se establece un solo cobro en los aportes en salud y pensión a los contratistas de prestación de servicios que tengan dos o más contratos.....	9