

SERVICIOS DE SALUD DE LOS DOCENTES A CARGO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Para garantizar el servicio de salud a sus afiliados no puede contratar un plan colectivo de medicina prepagada / MEDICINA PREPAGADA – Naturaleza y fines como parte de planes adicionales o voluntarios de salud

El Ministerio de Educación Nacional consulta a la Sala sobre la posibilidad de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cumpla su obligación de garantizar los servicios de salud de los docentes, mediante la contratación de un servicio colectivo de medicina prepagada. La Sala observa que mientras el legislador definió la manera en que debe prestarse el servicio de salud de los afiliados al régimen contributivo general (a través, únicamente, de Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud), en el caso de los regímenes excepcionales no hizo tal vinculación, dando así suficiente libertad para que dentro del marco normativo propio de cada uno de éstos, se defina por sus responsables la forma de prestación del respectivo servicio y se celebren los contratos que sean necesarios para ese efecto. Específicamente, en el caso de los docentes, la Ley 91 de 1989 solamente establece que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de sus afiliados y fijar las directrices para ello, lo que determina que por parte de dicho fondo no existe obligación de contratar un determinado tipo de institución en particular y pueda, por tanto, buscar amplias y diferentes alternativas para cumplir esa tarea, respetando claro está, el régimen de beneficios de los docentes, el cual quedó protegido por la Ley 100 de 1993, al haberse excluido del ámbito de aplicación del sistema general de seguridad social en salud (art.279). Cuestión diferente será que los afiliados del Fondo puedan a su vez contratar voluntariamente un plan adicional de salud que les permita mejorar los servicios de salud a que tienen derecho en virtud de su régimen de excepción. Finalmente, sobre el hecho de que el contenido concreto del régimen de salud de los docentes no está previsto de manera expresa en la ley y dependa actualmente de los lineamientos y directrices fijados por el Consejo Directivo del referido Fondo (artículos 5 y 7 de la Ley 91 de 1989), lo que a juicio de la entidad consultante le daría un amplio margen de disposición y negociación de las condiciones del servicio, la Sala considera oportuno recordar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional el ejercicio de la referida función debe hacerse dentro del marco de la ley, respetando los beneficios propios del régimen de excepción de los docentes reconocido por la Ley 100 de 1993 y siguiendo los lineamientos fijados por la jurisprudencia sobre el particular.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 333 / LEY 91 DE 1989 - ARTICULO 5 / LEY 91 DE 1989 - ARTICULO 8 / LEY 10 DE 1990 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 169 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 279 / DECRETO 1570 DE 1993 / DECRETO 1610 DE 1995 - ARTICULO 1 LITERAL K / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 17 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 19 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 20 / DECRETO 1703 DE 2002 - ARTICULO 34 / DECRETO 3753 DE 2003 - ARTICULO 1 / LEY 812 DE 2003 - ARTICULO 81 / LEY 797 DE 2003 / DECRETO 131 DE 2010

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00007-00 (1986)

Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Referencia: Servicios de salud de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El Ministerio de Educación Nacional consulta a la Sala sobre la posibilidad de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cumpla su obligación de garantizar los servicios de salud de los docentes, mediante la contratación de un servicio colectivo de medicina prepagada.

Indica que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluye del régimen general de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quienes se les aplica la Ley 91 de 1989, en virtud de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser manejados por una fiduciaria estatal o de economía mixta con no menos del 90% de participación estatal; que a dicho Fondo deben afiliarse todos los docentes del servicio público educativo y pagar a éste las respectivas cotizaciones.

Señala que el Fondo tiene, entre otras, la función de “garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo”.

Informa que actualmente los recursos del Fondo son manejados por Fiduciaria la Previsora, a través e un contrato de fiducia mercantil que tiene por objeto “la eficaz administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a fin de garantizar la adecuada prestación de los servicios médico asistenciales del personal docente”, a cuyo efecto la fiduciaria se obliga a “contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente”.

Resalta que, en ese sentido, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio no presta directamente los servicios de salud del personal docente, sino que cumple esa obligación mediante la contratación, por medio de la Previsora, de entidades que se comprometen mediante una red propia o contratada, a la prestación de todos los servicios de salud pactados, a cambio de una remuneración.

Señala que el plan integral de salud del magisterio comprende diversos beneficios¹, aunque éstos no están previstos en la ley, sino que son fijados por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De otro lado, el Ministerio consultante se refiere a los Planes Adicionales de Salud (PAS), los cuales se definen en el Decreto 806 de 1998 como el conjunto de beneficios, opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a la cotización obligatoria, entre los cuales se encuentran *los planes de medicina prepagada* y las pólizas de salud, cuyos prestadores son, principalmente, las empresas de medicina prepagada, las EPS y las compañías de seguro. Indica que el artículo 20 del decreto sólo permite contratar los Servicios Adicionales de Salud a las personas que se encuentre afiliadas al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o al régimen de excepción al que pertenezcan.

En relación con la medicina prepagada, señala que la misma está definida en el Decreto 1570 de 1993, como un sistema organizado para la atención médica y la prestación de los servicios de salud según un plan preestablecido y mediante el cobro de un precio regular previamente acordado. En ese sentido, el objeto de las empresas de medicina prepagada es la prestación de un servicio de salud prepagado, en los términos previamente acordados entre las partes, bien en instituciones de salud adscritas o de libre elección por el usuario.

Finalmente indica que los respectivos contratos de medicina prepagada deben ser aprobados por la Superintendencia de Salud y ajustarse a lo previsto en el Decreto 1570 de 1993, con la particularidad de que pueden ser contratados por una persona a favor de un tercero, como ocurre normalmente con los empleadores que ofrecen, como parte de los beneficios laborales de sus trabajadores, planes de medicina prepagada o pólizas de seguro (Decreto 1703 de 2002).

Con base en lo anterior, se pregunta:

1. Si en el marco de la Ley 91 de 1989 ¿se encuentra el FOMAG, a través de la fiduciaria que tiene a su cargo la administración de sus recursos, habilitado para negociar y celebrar, previa aprobación de la Superintendencia de Salud, un contrato colectivo de medicina prepagada a favor del personal del Magisterio, que incluya un plan de beneficios análogo al que actualmente tiene derecho el personal afiliado?

2. Si en desarrollo de este tipo de contratos ¿puede entenderse que el FOMAG cumple con la obligación de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales en el marco de la Ley 91 de 1989?

CONSIDERACIONES

¹ Entre otros: (i) inexistencia de copagos y de cuotas adicionales a los aportes de ley por los servicios de salud; (ii) atención de todo tipo de patologías sin restricción; (iii) inexistencia de periodos mínimos de cotización para la atención de las enfermedades.

1. Los servicios médicos asistenciales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Como señala la entidad consultante, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del sistema integral de seguridad social regulado en esa ley, tanto en salud, como en pensiones:

“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...).” (se subraya)

De esta forma, se mantuvo la función del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio prevista en el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, de asegurar la prestación de los servicios médico asistenciales a sus afiliados:

“ARTÍCULO 5o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos: (...)

2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades *de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*”

Esa función fue ratificada por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que estableció lo siguiente respecto de la continuidad del régimen de salud previsto en la Ley 91 de 1989 y del monto de los aportes obligatorios de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (se subraya la parte pertinente):

ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003,

manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones. (...)”²

En relación con la afiliación al Fondo, cabe señalar que la misma es obligatoria para los docentes oficiales³, quienes por esa causa deben hacer las correspondientes cotizaciones obligatorias tanto para salud como para pensiones⁴, de la misma forma que se exige para la generalidad de los afiliados al régimen contributivo del sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, como señala la entidad consultante, no se trata de un sistema de prestación directa de los servicios médico-asistenciales, en la medida que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado como una cuenta sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser administrados por una sociedad fiduciaria de carácter público o mixto (con participación estatal mayoritaria), que es la encargada contratar los respectivos servicios de salud con entidades especializadas y habilitadas para ese efecto:

“Artículo 3o. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

De manera concordante con lo anterior, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 fija los criterios de selección de la fiduciaria que administra los recursos del Fondo:

“Art. 812 (...) El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios

² Sobre el régimen especial de salud de los docentes y su titularidad en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con la Ley 91 de 1989, pueden verse entre otras, las Sentencias T-418 de 2007, T-015 de 2006, T-351 de 2005, T-904 de 2004, etc.

³ Decreto 3753 de 2003: “Artículo 1º. *Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.* Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.”

⁴ Artículo 8º de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003. Éste último señala: “ Art.81 (...) El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, anteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.”

de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.”

Ahora bien, le corresponde a la Junta Directiva del Fondo fijar las directrices de contratación de los servicios de salud por parte de la fiduciaria, según lo establece el artículo 5 numeral 2 de la Ley 91 de 1989 antes citado, así como el artículo 7 ibídem, según el cual:

“Artículo 7o. El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrá las siguientes funciones:

1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.
2. Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo.
3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo (...).”

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir:

- (i) Corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a las personas afiliadas a dicho fondo.
- (ii) Las personas vinculadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (docentes y pensionados), reciben a través de éste y no del régimen general de la Ley 100 de 1993, el servicio de seguridad social en salud, con los estándares y el régimen de beneficios establecido para ellos.
- (iii) Su afiliación y cotizaciones a ese Fondo es obligatoria y sustituye aquélla a la que la generalidad de trabajadores y personas con capacidad de pago está obligado por virtud de la Ley 100 de 1993⁵ y el Decreto Legislativo 131 de 2010⁶, en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- (iv) Por lo mismo, los afiliados del Fondo no se afilian a las EPS, en tanto que recibe los servicios de salud través de las entidades contratadas para ese efecto por parte de la fiduciaria que administra dicho fondo.

⁵ “Artículo. 203.-Afiliados y beneficiarios. Serán afiliados obligatorios al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157.” El referido artículo 157 establece: Artículo. 157.-Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. (..) A) Afiliados al sistema de seguridad social. Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud: 1. Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.

⁶ Expedido en desarrollo del Decreto 4975 que declara la Emergencia Social en todo el país. El artículo 37 del Decreto 131 de 2010 establece: “ARTICULO 37.NATURALEZA DE LA AFILIACION. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para los colombianos y residentes en el territorio nacional en los términos que corresponde a cada régimen de aseguramiento. En consecuencia, el Ministerio de la Protección Social establecerá los mecanismos de afiliación forzosa y las sanciones correspondientes (...).”

Visto lo anterior y para determinar si tales servicios de salud para los docentes podrían brindarse a través de un plan de medicina prepagada, pasa la Sala a revisar la naturaleza y función que esta última cumple en el sistema de seguridad social en salud.

2. La naturaleza y fines de la medicina prepagada como parte de los Planes Adicionales o Voluntarios de Salud.

Al lado de la afiliación obligatoria al régimen de salud general o a los regímenes excepcionales, el artículo 169 la Ley 100 de 1993 previó la existencia de Planes Complementarios de Salud, al señalar lo siguiente:

“Artículo. 169.-Planes complementarios. Las entidades promotoras de salud podrán ofrecer planes complementarios al plan de salud obligatorio de salud, que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias previstas en el artículo 204 de la presente ley.” (se subraya)

Estos planes fueron desarrollados en el Decreto 806 de 1998 bajo el nombre de Planes Adicionales de Salud, los cuales son definidos así:

“**Artículo 17.** Otros beneficios. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden prestarse beneficios adicionales al conjunto de beneficios a que, tienen derecho los afiliados como servicio público esencial en salud, que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad. Estos beneficios se denominan Planes Adicionales de Salud y son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares.

Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras.

Artículo 18. Definición de Planes Adicionales de Salud, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.” (se subraya)

Como se observa, las características principales de estos Planes Adicionales de Salud (PAS) son su carácter opcional y voluntario (vinculación contractual y no legal); el hecho de que su costo debe ser asumido directamente por el interesado sin que pueda financiarse con la cotización obligatoria de salud, bien del régimen general, bien de los regímenes excepcionales; y su complementariedad respecto de los planes obligatorios de salud, al punto que no puede ser sustitutivo ni reemplazante de estos últimos.

Precisamente, sobre estos aspectos y en particular sobre el carácter complementario y no sustituible de los planes obligatorios de salud, ha dicho la jurisprudencia en relación con los planes adicionales de salud:

“Los afiliados al régimen contributivo, además de tener derecho a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S., pueden contratar Planes Adicionales de Salud P.A.S. que, según el artículo 18 del Decreto 806 de 1998, son un conjunto de beneficios opcionales contratados de manera voluntaria, que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el P.O.S., o condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología, o cualquier otra característica no incluida en el manual de

actividades, intervenciones y procedimientos. Se trata de un servicio privado de interés público, de responsabilidad exclusiva de los particulares, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria, y que no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de vigilancia y control que le son propias (...).

Ahora bien, esta Corporación ha señalado que la posibilidad de ofrecer y, a su vez, de ser beneficiario de un P.A.S. es constitucionalmente admisible siempre que ello no implique una sustitución del P.O.S. ni el traslado de la responsabilidad de los prestación de los servicios incluidos en éste⁷, lo cual no implica que si el contrato de medicina prepagada prevé servicios incluidos en el P.O.S., las empresas de medicina prepagada puedan negarse a prestarlos, argumentando que estos son responsabilidad de las E.P.S (...).⁸ (se subraya)

De allí que el artículo 20 del Decreto 806 de 1998 señale que la contratación de estos Planes Adicionales de Salud (PAS), requiera en cualquier caso, la *previa comprobación de la afiliación* o bien al régimen general o *bien al régimen de excepción* al que se pertenezca:

“Artículo 20. Usuarios de los PAS. Los contratos de planes adicionales, sólo podrán celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.

Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan” (se subraya)

Parágrafo. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS (...).” (se subraya)

Así, los afiliados a los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, como es el caso de los docentes, también tienen derecho a contratar por su cuenta, *servicios complementarios* de salud, que les permitan mejorar las condiciones de prestación de los servicios de salud que reciben de sus propios sistemas.

Ahora bien, **dentro de estos planes adicionales de salud** y compartiendo los referidos condicionantes de complementariedad de los planes obligatorios, **se encuentran los planes de medicina prepagada**, según establece el artículo 19 del mismo Decreto 806 de 1998 que señala:

“Artículo 19. Tipos de PAS. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS:

1. Planes de atención complementaria en salud.

2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.” (se subraya)

Así que, al ser parte de los planes adicionales de salud, la definición de “medicina prepagada” que trae el Decreto 1570 de 1993, como un servicio que se presta de acuerdo con las condiciones de un plan de salud previamente establecido, mediante el cobro de un precio regular y convenido⁹, debe leerse e interpretarse

⁷ Cfr. Sentencias C-599 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-699 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁸ Sentencia T-348 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Artículo 1o. disposiciones generales. Para efecto de lo previsto en el presente Decreto se entiende por:

en el contexto arriba mencionado, es decir, de que se trata de mecanismos de cobertura *no sustitutivos sino complementarios* de los planes obligatorios o excepcionales de salud.

Por tanto, entiende la Sala que la posibilidad de que los planes de medicina prepagada puedan contratarse por una persona distinta al beneficiario, afiliado o usuario¹⁰, como por ejemplo, por el patrono a favor de sus trabajadores, solo sería posible para extender o mejorar y no para reemplazar la afiliación obligatoria¹¹.

Precisamente, el artículo el artículo 34 del Decreto 1703 de 2002¹², para la contratación de *planes adicionales de salud* por los empleadores, exige que se verifique en todos los casos la afiliación previa del trabajador al régimen contributivo de salud al que pertenezca:

“Artículo 34. Contratación de planes adicionales de salud por empleadores. Los empleadores que ofrezcan a sus trabajadores como parte del paquete de beneficios laborales planes complementarios, de medicina prepagada o seguros de salud, deberán verificar que no se incluyan en las pólizas o los contratos correspondientes a personas no afiliadas previamente al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la forma y términos que rige para la contratación de los planes adicionales de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...).”

Cabe señalar finalmente, que el Decreto Legislativo 131 de 2009, expedido en el marco de la Emergencia Social¹³, renombra los Planes Adicionales de Salud, entre ellos la medicina prepagada, como *Planes Voluntarios de Salud*, manteniendo su misma filosofía y haciendo énfasis en (i) su carácter contractual y voluntario, (ii) su complementariedad de los regímenes obligatorios y (ii) la imposibilidad de que los mismos sean financiados con el monto de las cotizaciones obligatorias de los usuarios. Señala su artículo 19:

“**ARTÍCULO 19.** - Sustitúyase el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 169.- PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales o económicas, relacionadas con los servicios de salud, contratados voluntariamente que serán financiados en su

1. (Modificado por el Decreto 1486 de 1994). "**Medicina Prepagada.** El sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente Decreto, para la gestión de la atención médica, y la prestación de los servicios de salud y/o atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.”

¹⁰ El artículo 1 del mismo Decreto 1570 de 1993, define: “Contratante. Persona que suscribe un contrato de servicios con una empresa de medicina prepagada, bien para su exclusivo beneficio, para beneficio de terceros o para beneficio de uno y otros”, y “Usuario, beneficiario o afiliado. Persona con derecho a los servicios contratados”.

¹¹ “En estos términos, los contratos de medicina prepagada tienen por propósito extender la cobertura en materia de salud no sólo en términos cuantitativos sino también cualitativos, objetivo que guarda directa relación con los principios de integralidad y progresividad” (Sentencia T-795 de 2008)

¹² “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

¹³ Decreto 4975 de 2009.

totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias previstas en el artículo 204 de la presente Ley.

La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud, implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Tales Planes podrán ser:

169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2 Planes de medicina prepagada, de atención pre-hospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de medicina prepagada.

169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros.

Le compete al Estado el control de estos planes.”

3. Conclusiones en relación con los interrogantes planteados

De acuerdo con lo expuesto, es claro para la Sala que la contratación de Planes Voluntarios de Salud, dentro de los cuales se encuentra *la medicina prepagada*, no puede sustituir la afiliación ni el servicio de salud obligatorio tanto del régimen general de la Ley 100 de 1993 como de los regímenes excepcionales. También observa que las cotizaciones obligatorias de uno y otros regímenes, no pueden utilizarse para contratar ese tipo de *planes complementarios*, en reemplazo de los que legalmente deben prestarse como consecuencia de la afiliación obligatoria ordenada por la ley.

Dicho de otra manera el régimen actual no permite contratar *un plan adicional o voluntario de salud*, como es un *plan de medicina prepagada*, para cumplir a través suyo las obligaciones propias y básicas del régimen general o excepcional de salud. Podría hacerse como mecanismo complementario o adicional, es decir, sobre la base de un plan de salud preexistente que se mejorará o extenderá por esa vía.

Precisamente, este es el sentido del 34 del Decreto 1703 de 2002¹⁴ antes citado y que se menciona en la consulta, de empleadores que convencional o voluntariamente ofrecen a sus trabajadores *beneficios laborales complementarios*, entre ellos *planes de medicina prepagada*, pero no para subrogar o trasladar las obligaciones legales de afiliación y prestación del servicio de salud, sino, como se ha insistido, para mejorar las condiciones en que éste se recibe.

Por tanto, la Sala considera que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podría acudir a un plan colectivo de medicina prepagada para asegurar la prestación de los servicios médicos asistenciales propios del régimen obligatorio de salud de los docentes previsto en la Ley 91 de 1989, menos aún si,

¹⁴ “Artículo 34. Contratación de planes adicionales de salud por empleadores. Los empleadores que ofrezcan a sus trabajadores como parte del paquete de beneficios laborales planes complementarios, de medicina prepagada o seguros de salud, deberán verificar que no se incluyan en las pólizas o los contratos correspondientes a personas no afiliadas previamente al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la forma y términos que rige para la contratación de los planes adicionales de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...).”

como se plantea en la consulta, su financiación se haría con los aportes obligatorios de los afiliados a ese sistema.

Es así que, en las hipótesis centrales de la consulta, no sería una *afiliación ni voluntaria* al plan de medicina prepagada, *ni complementaria* del servicio de salud general o excepcional, que según se expuso, son presupuestos legales para la contratación de los planes adicionales de salud.

Además, hay que advertir que, sin perjuicio de los matices y límites que ha venido fijando la jurisprudencia¹⁵ y la ley¹⁶, los servicios de medicina prepagada se desenvuelven en la lógica del derecho privado de los contratos¹⁷, lo que conlleva la aparición de ciertas restricciones y condicionamientos que no son propios ni fácilmente compatibles con los derechos que surgen de la afiliación obligatoria a los regímenes generales o excepcionales de salud, tal como es el caso de las preexistencias, exclusiones de ciertos tratamientos, no cobertura de medicamentos, etc., todo lo cual dificultaría en la práctica la puesta en marcha de un mecanismo de medicina prepagada como el propuesto.

4. Una hipótesis adicional que no tendría objeción legal

Como se ha señalado, un plan adicional de salud, específicamente, un plan de medicina prepagada, no puede contratarse para sustituir el plan obligatorio de salud tanto del régimen general como de los excepcionales.

Ahora bien, de la primera pregunta de la consulta, en la que se indica que el objeto del contrato sería la prestación de los servicios de salud a que tienen derecho los docentes de acuerdo con su régimen propio de beneficios, se desprende un interrogante adicional que la Sala considera oportuno revisar: ¿Puede el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contratar con empresas de medicina prepagada, no un plan de medicina prepagada como tal (un PAS), sino la prestación de los servicios médico asistenciales a que tienen derecho los docentes con los beneficios especiales que a ellos corresponde?

Para la Sala, la respuesta es afirmativa por varias razones.

¹⁵ Por ejemplo, se ha señalado que se trata de contratos de adhesión, en los que existe una parte fuerte (empresa contratista) y un parte débil (usuario o afiliado) lo que influye en la interpretación de los respectivos contratos; que las preexistencias sólo pueden ser aquellas establecidas de manera expresa y concreta al momento de la afiliación; que, en todo caso, los servicios adicionales de salud y, en concreto, los planes de medicina prepagada, aún cuando voluntarios, forman parte del Sistema General de Salud, siendo posible acudir a la acción de tutela cuando la relación contractual trasciende el ámbito negocial y pone en riesgo derechos fundamentales como la vida digna o la salud (Sentencias T-1217 de 2005, 348 de 2005, SU-819 de 1999, T-732 de 1998, etc.).

¹⁶ El Decreto Legislativo 131 de 2010 establece normas de protección al usuario, como la imposibilidad de alegar preexistencias en los periodos de renovación de los contratos; la prohibición a las empresas de terminarlos unilateralmente si no hay incumplimiento del usuario; la inaplicabilidad de la figura de la reticencia o inexactitud (propia de los demás contratos de seguro); etc.

¹⁷ Sentencia T-348 de 2005: "Adicionalmente, la Corte ha indicado que las relaciones jurídicas que se generan entre los afiliados y las empresas de medicina prepagada, a pesar de estar enmarcadas dentro de las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se originan en la libre voluntad de los afiliados, quienes deciden contratar los servicios de un plan de medicina prepagada para mejorar la calidad de los servicios de salud que reciben, razón por la cual se rigen por el derecho privado. De esta manera, mientras la relación entre una E.P.S. y un afiliado es de derecho público- en tanto deriva de normas imperativas propias de la seguridad social -, la que surge entre una empresa de medicina prepagada y un usuario es eminentemente de derecho privado, aunque tenga ciertas dimensiones públicas, por cuanto involucra la garantía de derechos fundamentales del contratante".

Por una parte, porque el objeto social de las empresas de medicina prepagada, al no estar prefijado por la ley, es amplio y se rige en general por los principios de libertad de empresa y de contratación (art.333 C.P), sin perjuicio de las limitaciones propias que se derivan de la intervención del Estado en el servicio público de salud¹⁸; en efecto, la Ley 10 de 1990, que es la base del Decreto Reglamentario 1570 de 1993¹⁹, por el cual se organiza el funcionamiento de la medicina prepagada, señala en forma general que los particulares podrán concurrir a la prestación de los servicios de salud, sin establecer, en lo que se refiere a las empresas de medicina prepagada, que éstas deban tener un objeto social único o exclusivo.

En ese sentido, el Gobierno Nacional puede modificar el Decreto Reglamentario 1570 de 1993, para permitir de manera expresa que tales empresas participen también en la prestación de los servicios de salud de los regímenes excluidos de la Ley 100 de 1993 bajo un régimen diferente al de los planes adicionales de salud, respecto de los cuales, como se revisa enseguida, no se establecieron limitaciones respecto del tipo o la naturaleza de las entidades que pueden contratarse para ese fin.

Dicha modificación sería necesaria en todo caso porque el ámbito de actuación de las empresas de medicina prepagada en el referido decreto gira en torno a servicios de dicha naturaleza (de medicina prepagada)²⁰, que como se dijo, forman parte de los *planes adicionales de salud* (Ley 100 de 1993 y Decreto Extraordinario 131 de 2010); sin embargo, al no existir ninguna restricción legal para el efecto, nada obsta para que el reglamento amplíe ese marco de actuación al ofrecimiento de los servicios de salud de los regímenes excepcionales (según el régimen de beneficios que les corresponda) bajo un régimen diferente al de la medicina prepagada, de manera que por esa vía se mejore la oferta de las instituciones que pueden concurrir a ese fin.

¹⁸ Al respecto puede verse, por ejemplo, la Sentencia del 22 de febrero de 2001 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se negó la nulidad del Decreto 1543 de 1997, mediante el cual se reglamentaba el manejo del SIDA, y se incluía como destinatarios a las empresas de medicina prepagada. El Consejo de Estado recordó los fundamentos constitucionales de la intervención estatal en la medicina prepagada, poniendo de presente “que los mismos tienen una connotación más amplia que la referida a los preceptos relativos a la intervención general del Estado en los procesos económicos, en tanto se hallan también en las fuentes de la intervención del Estado en los servicios públicos en general y, en particular, de la atención de la salud, como en las fuentes del control estatal sobre las actividades relacionadas con el manejo de recursos captados del público.”

¹⁹ Mediante Decreto 1610 de 1995, se aclaró que el Decreto 1570 de 1993 reglamentaba directamente la Ley 10 de 1990, en especial el literal k del artículo 1º que establece: (...) El Estado intervendrá en el servicio público de salud (...) con el fin de: k. Dictar normas sobre la organización y servicios de medicina prepagada, cualquiera sea su modalidad (...).”

²⁰ El artículo 5 del Decreto 1570 de 1993 señala: “**ARTICULO 5o. OBJETO SOCIAL.** El objeto social de las sociedades de medicina prepagada, será la gestión para la prestación de servicios de salud, o la prestación directa de tales servicios, bajo la forma de prepago, en las modalidades autorizadas expresamente en este Decreto, debiendo especificar en su objeto las modalidades de atención que ofrezcan. Igualmente, estas modalidades servirán de fundamento único para clasificar la empresa respectiva como de medicina prepagada (...).” Y el artículo 6º. Señala: “**ARTICULO 6o. SERVICIO DE MEDICINA PREPAGADA.** 1. Clases de servicios. La Superintendencia Nacional de Salud calificará como contratos de medicina prepagada y se tendrán como tales para todos los efectos legales, aquellos con contemplen uno o más de los servicios de: (1) promoción de la salud y prevención de la enfermedad; (2) consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica; (3) hospitalización; (4) urgencias; (5) cirugía; (6) exámenes diagnósticos y (7) odontología.

De otro lado, como ya se había advertido, la Sala observa que mientras el legislador definió la manera en que debe prestarse el servicio de salud de los afiliados al régimen contributivo general (a través, únicamente, de Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud), en el caso de los regímenes excepcionales no hizo tal vinculación²¹, dando así suficiente libertad para que dentro del marco normativo propio de cada uno de éstos, se defina por sus responsables la forma de prestación del respectivo servicio y se celebren los contratos que sean necesarios para ese efecto. Específicamente, en el caso de los docentes, la Ley 91 de 1989 solamente establece que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de sus afiliados y fijar las directrices para ello, lo que determina que por parte de dicho fondo no existe obligación de contratar un determinado tipo de institución en particular y pueda, por tanto, buscar amplias y diferentes alternativas para cumplir esa tarea, respetando claro está, el régimen de beneficios de los docentes, el cual quedó protegido por la Ley 100 de 1993, al haberse excluido del ámbito de aplicación del sistema general de seguridad social en salud (art.279).

Así las cosas, la Sala encuentra viable que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contrate tales servicios con empresas de medicina prepagada o con cualquier otra que legalmente esté facultada para prestar servicios de salud, bajo el entendido, como se ha dicho, que el objeto contractual no sea un *plan de medicina prepagada (plan adicional de salud)*, sino la prestación de los servicios de salud propios y específicos de los docentes con sus respectivos beneficios; en ese sentido, los servicios a los usuarios deberán garantizarse con las características propias del respectivo régimen y no con las que comúnmente le son inherentes a los planes adicionales o voluntarios de salud.

Cuestión diferente será que los afiliados del Fondo puedan a su vez contratar voluntariamente *un plan adicional de salud* que les permita mejorar los servicios de salud a que tienen derecho en virtud de su régimen de excepción.

Finalmente, sobre el hecho de que el contenido concreto del régimen de salud de los docentes no está previsto de manera expresa en la ley y dependa actualmente de los lineamientos y directrices fijados por el Consejo Directivo del referido Fondo (artículos 5 y 7 de la Ley 91 de 1989), lo que a juicio de la entidad consultante le daría un amplio margen de disposición y negociación de las condiciones del servicio, la Sala considera oportuno recordar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional el ejercicio de la referida función debe hacerse dentro del marco de la ley²², respetando los beneficios propios del régimen de excepción de los docentes reconocido por la Ley 100 de 1993 y siguiendo los lineamientos fijados por la jurisprudencia sobre el particular²³.

²¹ Como se recuerda, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 al excluir de su ámbito de aplicación a ciertos grupos de servidores, dispuso la aplicación de las normas propias de cada uno de éstos, sin vincularlos al mismo sistema de aseguramiento y de prestación a través de Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, respectivamente.

²² En sentencia T-418 de 2007, la Corte Constitucional se refirió al vacío normativo que existe respecto del contenido del servicio de salud de los docentes, estableció expresamente que el mismo no era de libre disposición del Consejo Directivo del Fondo y exhortó al Congreso para que lo regulara, habida cuenta de la existencia de reserva de ley.

²³ En la misma sentencia T-418 de 2007 la Corte Constitucional consideró que el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no podía adoptar medidas regresivas del nivel del servicio de salud logrado por los docentes a lo largo de los años (principio de no regresividad). En ese sentido puede verse también las Sentencias T-660 de 2008 y T-015 y T-1052 de 2006. Igualmente, la Corte Constitucional ha censurado la diversidad de niveles de cobertura en el territorio nacional, así como la adopción por parte del Consejo Directivo de medidas que reducen la cobertura del servicio o que representan una desventaja sustantiva en relación con los beneficios

Con base en lo anterior, la Sala responde:

1. Si en el marco de la Ley 91 de 1989 ¿se encuentra el FOMAG, a través de la fiduciaria que tiene a su cargo la administración de sus recursos, habilitado para negociar y celebrar, previa aprobación de la Superintendencia de Salud, un contrato colectivo de medicina prepagada a favor del personal del Magisterio, que incluya un plan de beneficios análogo al que actualmente tiene derecho el personal afiliado?

Respuesta: No, para cumplir la obligación impuesta por la Ley 91 de 1989 de garantizar el servicio de salud a sus afiliados, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) no puede contratar un plan colectivo de medicina prepagada, al ser éste un plan adicional o complementario de salud.

Lo anterior no impide que el FOMAG pueda contratar con las empresas de medicina prepagada, bajo un régimen distinto al de *los planes adicionales de salud*, la prestación del servicio médico-asistencial de los docentes, que comprenda los beneficios propios del régimen de excepción que los cobija.

2. Si en desarrollo de este tipo de contratos ¿puede entenderse que el FOMAG cumple con la obligación de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales en el marco de la Ley 91 de 1989?

Respuesta. No, la obligación del FOMAG establecida en la Ley 91 de 1989 no se entiende cumplida mediante la contratación de un *plan adicional o complementario de salud de medicina prepagada*.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
CETINA

Magistrado

WILLIAM ZAMBRANO

Magistrado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala

POS del régimen general de salud (por ejemplo la exclusión de los padres del afiliado sin un régimen alternativo de vinculación). Puede verse la propia Sentencia T-418 de 2007 y otras como la T-524 de 2009; igualmente, sentencias T-208 de 2009, T-686 de 2008, T-015 de 2006, T-904 de 2004 y T-348 de 1997.