

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

Consejera Ponente: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.

REF: Exp. 1100103240002003 00198 01
Acción: Nulidad Simple
Actora: ELVIA MATEUS FERREIRA

I- ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La señora ELVIA MATEUS FERREIRA, en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la siguiente declaración:

1. Declarar que es nulo el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 expedido por el Gobierno Nacional por el cual se fijan cuotas de recuperación que en algunos casos el usuario debe pagar directamente a las instituciones prestadoras de servicios de salud.

2. Declarar que es nulo parcialmente el artículo 25 del Decreto 806 de 1998 reglamentario de la Ley 100 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional en la frase “ *y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en este decreto*”.

3. Declarar nulo parcialmente el artículo 33 del Decreto Reglamentario 806 de 1998, en la frase que dice “*y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes*”

La actora señaló, en síntesis:

Que la Ley 100 de 1993 en su artículo 157 define dos tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud así:

a) Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud:

1. Mediante el régimen contributivo
2. Mediante el régimen subsidiado

b) Personas vinculadas al sistema

Que a estas últimas las define como aquellas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que presten las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

Señaló que el artículo 25 del Decreto 806 de 1998 reglamentario de la Ley 100 de 1993 excediendo la potestad reglamentaria que tiene el Gobierno de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, modificó el artículo 157 de la citada ley cuando dispuso “*son afiliados al*

sistema general de seguridad social en salud, todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al régimen subsidiado y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en el presente decreto. (destaca la actora).

Que con lo anterior la disposición demandada “volvió” afiliado a quien sólo era un tipo de participante en el sistema, con lo cual usurpó las funciones del Congreso en materia de interpretar, reformar y derogar la ley.

Que el artículo 33 ídem sobre BENEFICIOS DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL SISTEMA dijo “*Mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, las personas vinculadas al sistema general de seguridad social en salud, tendrán acceso a los servicios de salud que presten las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de acuerdo con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes*”.

Que la norma sobre cuotas de recuperación vigente a la fecha de expedición del Decreto 806 de 1998 era el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 “*Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud*”, dictado en uso de la facultad de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, del ejercicio de la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes.

Adujo que como el objeto del precitado decreto fue reglamentar algunos aspectos del régimen subsidiado –no de los vinculados- debe declararse la nulidad del artículo 18, porque: 1. Creó cuotas de recuperación, diferentes a

las cuotas moderadoras y copagos aplicables a las personas del régimen subsidiado y 2. Se refirió, con excepción del numeral 4°, a la población diferente a la afiliada al régimen subsidiado.

En relación con los artículos 25 y 33 del citado Decreto 806 de 1998 señala que tienen vicios de legalidad, porque 1. Exceden la facultad reglamentaria de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y usurpa funciones del Congreso y 2. Contraviene el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 que se refiere a los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles aplicables a los afiliados y beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, que no es aplicable a los vinculados que sólo son un tipo de participantes temporales del sistema.

NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Estima la actora que las disposiciones acusadas contrarían los artículos 13, 48, 49, 113, 114, 121, 150, 188 y 189 numerales 10 y 11 de la Constitución Política.

Que se violaron los artículos 13, 48 y 49 porque no se está protegiendo a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y se afecta la seguridad social y la atención en salud que debe ser gratuita y obligatoria, cuando los obliga a pagar cuotas de recuperación.

Que el Gobierno no era competente para expedir los actos porque de acuerdo con la Constitución Política la competencia para interpretar, reformar y derogar las leyes corresponde al Congreso de la República y el alcance de la

potestad reglamentaria es hacer cumplir las leyes; que por lo tanto se violó el artículo 113 sobre separación de poderes, el artículo 114 que señala la competencia del Congreso para expedir las leyes, así como el 150 y 189 numerales 10 y 11.

Coadyuva la demanda el señor JOSUÉ OSSMA GÓMEZ quien reitera que el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario, “*volvió*” afiliados a los vinculados cuando el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 sólo considera a los vinculados como unos participantes, no afiliados, con lo cual excedió la facultad de reglamentar la ley.

Que las normas demandadas al señalar que los vinculados temporalmente son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS modificó el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, pues éstos sólo tienen carácter temporal y sólo se consideran afiliados al sistema las personas del régimen contributivo y subsidiado.

Señaló que la frase demandada del artículo 33 del Decreto 806 de 1998, excede lo previsto por el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, al ordenar el pago de cuotas de recuperación a quienes presentan incapacidad de pago y no reciben subsidios del Estado como lo reconoce la ley, porque las normas sobre recuperación estaban referidas exclusivamente a los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

Que el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 reglamenta algunos aspectos del régimen subsidiado, pero al crear las cuotas de recuperación, diferentes a las cuotas moderadoras y copagos aplicables a la personas del régimen subsidiado, excedió la facultad de reglamentar la ley y además se refirió con

excepción del numeral 4°, a la población diferente a la afiliada al régimen subsidiado, rompiendo la unidad de materia.

Finalmente señala que los artículos 25 y 33 del decreto acusado son ilegales al contravenir el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, que se refiere a los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles aplicables a los afiliados y beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, por cuanto dicho artículo no es aplicable a los vinculados que sólo son un tipo de participante temporal del sistema.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Ministerio de Protección Social contesta en la oportunidad la demanda oponiéndose las pretensiones de la misma. Como argumento de la defensa expresó lo siguiente:

Que la Constitución Política a partir del principio fundamental del Estado Social de Derecho hace especial énfasis en la atención de las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, entendida ésta como la carencia de recursos y capacidades productivas que los colocan en situaciones de marginalidad, debilidad y vulnerabilidad, lo que significa que el concepto de igualdad material se realiza plenamente en la protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en armonía con un manejo y reparto equilibrado de los recursos.

Explica que el Sistema General de Seguridad Social en Salud regulado por la Ley 100 de 1993, prevé en el artículo 157 que todo colombiano participará en

el servicio público esencial de salud, unos en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros en forma temporal como participantes vinculados hoy población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

Que la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, según lo definido por los artículos 43, 47 y 49 de la Ley 715 de 2002, es la que puede estar o no identificada o clasificada por el SISBEN o el listado censal; que en ambos casos, el servicio de salud estará a cargo de la red pública prestadora de servicios de salud o aquella privada que tenga contrato con el departamento competente y la prestación de estos servicios se hará con cargo al subsidio a la oferta, esto es, al Sistema General de Participaciones en Salud destinado a financiar los gastos de salud de la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y con el cobro de las cuotas de recuperación al usuario según las normas vigentes.

Destaca que frente a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y de conformidad con lo establecido en el literal p) del artículo 156, el literal b) del artículo 157, el inciso 2° y el párrafo del artículo 174, el numeral 3° del artículo 176 de la Ley 100 de 1993; el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, el párrafo del artículo 28, los artículos 30, 31, 32, 33, 60 y el párrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 4° del Acuerdo 72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se establece la cuota de recuperación.

Que de conformidad con la Ley 100 de 1993, un principio rector de la prestación del servicio público esencial de salud es el de solidaridad y por tanto los usuarios del sistema deben asumir una mínima carga que se hace

necesaria para poder cumplir con los fines del Estado y por lo tanto el análisis del artículo 13 de la Constitución Política debe hacerse de manera contextualizada, sistemática y coherente con las cargas, los medios y los fines perseguidos; que las disposiciones acusadas se limitan a dar cumplimiento a la Constitución y a la ley, que bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad buscan garantizar la seguridad social en salud, a través del equilibrio y sostenibilidad del Sistema que sólo se logra con los pagos que hagan los usuarios de acuerdo con su capacidad económica y en razón del servicio prestado.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta argumentos similares a los del Ministerio de la Protección Social y hace énfasis en que con el pago de las cuotas de recuperación se logra una compensación en la que las personas pobres, no cubiertas con subsidios a la demanda, asumen costos y complementa la financiación del Sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reitera los argumentos presentados en la demanda.

Las partes demandadas no presentaron alegatos de conclusión.

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se denieguen las súplicas de la demanda.

Sobre los artículos 13, 14 y 49 de la Constitución Política que según el actor fueron violados con las normas acusadas porque no protegen a la población pobre al obligarlos a pagar cuotas de recuperación, manifiesta que este cargo

no está llamado a prosperar porque el Sistema General de Seguridad Social en Salud se fundamenta en los principios constitucionales de igualdad, solidaridad y eficacia y para que éstos puedan aplicarse se requiere que toda la población participe del sistema, no sólo de los beneficios, sino de los aportes que los usuarios de éste realicen al sistema de manera permanente o temporal, pues sólo a partir de esos aportes, así como de los subsidios hechos de acuerdo con la demanda, se logra el equilibrio financiero del sistema.

Manifiesta que si bien es cierto que la ley previó que los vinculados temporalmente participan del Sistema por carecer de capacidad de pago y en esas condiciones su vinculación es temporal, puesto que por virtud de la ley es obligatorio estar afiliado a uno de los dos regímenes, contributivo o subsidiado, la misma ley fijó un límite temporal al señalar que dicha vinculación debía realizarse antes del año 2000 y sólo mientras se garantizaba la afiliación de toda la población pobre al régimen subsidiado.

Que el hecho de fijar una cuota de recuperación no implica que ella se convierta en una barrera de acceso para los más pobres, porque los pagos para los diferentes servicios se definen de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la reglamentación que para el efecto expida el gobierno nacional, como en efecto se hizo con las disposiciones acusadas.

Que el cargo de incompetencia del Gobierno Nacional que el actor endilga a los actos acusados al considerar que modificaron la ley, tampoco está llamado a prosperar porque fue precisamente en ejercicio de esas competencias previstas en la Constitución y en la ley que el ejecutivo expidió las disposiciones acusadas con el propósito de lograr el equilibrio financiero del Sistema, obligar a la población a asumir el compromiso de afiliarse al mismo

para que, de acuerdo con su capacidad de pago, pueda beneficiarse de éste sin que el Sistema colapse por falta de recursos y su uso sea racional de acuerdo con la necesidad del servicio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico radica en establecer si el Gobierno Nacional violó la Constitución Política, excedió la potestad reglamentaria y obró sin competencia al establecer una cuota de recuperación a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda, es decir, a los participantes que no están afiliados al sistema sino denominados “vinculados” al mismo.

NORMAS ACUSADAS

- **Decreto 2357 de 1995**, por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Artículo 18. Cuotas de Recuperación. Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en los siguientes casos: (resalta la Sala)

- 1) Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación;*
- 2) La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del SISBEN o incluidas en los listados censales pagarán un 5 % del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento y en el nivel dos del SISBEN pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;*
- 3) Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento;*
- 4) Para las personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POSS, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del presente artículo;*
- 5) La población con capacidad de pago pagará tarifa plena.*

El máximo valor autorizado para las cuotas de recuperación se fijará de conformidad con las tarifas SOAT vigentes.” (subrayada la parte demandada)

- **Decreto 806 de 1998**, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

“Artículo 25. AFILIADOS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *Son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en el presente decreto.*

La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es obligatoria y se efectuará a través de los regímenes contributivo y subsidiado. Temporalmente, participará dentro del sistema la población sin capacidad de pago que se encuentre vinculada al sistema.

PARAGRAFO. *En ningún caso podrá exigirse examen de ingreso para efectos de la afiliación al sistema.”*

“Artículo 33.BENEFICIOS DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL SISTEMA. *Mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, las personas vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes.*

Adicionalmente, tendrán derecho a los beneficios otorgados por concepto de accidente de tránsito y eventos catastróficos de conformidad con las definiciones establecidas por el Decreto 1283 de 1996 o las normas que lo adicionen o modifiquen.” (subrayada la parte demandada)

NORMAS QUE EL ACTOR CONSIDERA VIOLADAS

Constitución Política:

“Artículo 13. ...

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de los grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

“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.

.....”

(subraya la Sala)

“Artículo 49

La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

....”

(subraya la Sala)

Señala además la actora que se violaron los artículos 113, 114, 121, 150, 188 y 189 numerales 10 y 11, relacionados con las funciones de las diferentes ramas del poder público, por cuanto, según la demandante, el Gobierno Nacional excedió sus competencias en el uso de la potestad reglamentaria, al imponer cuotas de recuperación a la población pobre en lo no cubierto por los subsidios de la demanda.

Ley 100 de 1993

“Artículo 157. Artículo 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

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.

2. los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia ...

B. Personas vinculadas al sistema.

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

A partir del año 2000 todo colombiano deberá estar vinculado al sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado”¹

PARÁGRAFO I”.

¹ Derogado por la Ley 715 de 2001

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Para desatar la cuestión litigiosa es preciso hacer el siguiente recuento de la normatividad que rige el sistema de seguridad social en Colombia, así como la jurisprudencia que se ha construido al respecto.

La seguridad social en general se concibe como una protección para el conjunto de la población y en tal sentido se confunde con la política social, que supone una cobertura general de riesgos en beneficio de toda la población, mediante una solidaridad general que se realiza a través de la redistribución de la renta nacional. Desde el punto de vista jurídico la seguridad social es lo que exista en el plano de la ordenación de cada país en un momento determinado, pues cada país tiene diferentes grados de desarrollo en su sistema de seguridad social.²

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, se supera el modelo asistencialista de protección social y se concibe la seguridad social como un derecho regulado por la Ley 100 de 1993 que en su artículo 2° señala que el sistema de seguridad social se presta como un servicio público con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

De conformidad con la citada ley el Sistema de Seguridad Social en Colombia está conformado por el sistema general de pensiones, el sistema general de seguridad social en salud –SGSSS, el sistema general de riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios.

² El derecho colombiano en seguridad social. Segunda edición 2007. Gerardo Arenas Monsalve. Legis Editores S.A.

Sobre la seguridad social la Corte Constitucional ha dicho que no es un derecho fundamental, sino un derecho de segunda generación, pero en varias sentencias de tutela admite que se puede tener como un derecho fundamental en forma excepcional bajo algunos supuestos: que opere en conexión con otro derecho fundamental, que afecte de manera grave la vida o la salud ante casos de extrema necesidad y **que el servicio se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado.** ³

Ahora bien, en relación específica con el tema de que se ocupa la Sección, al tenor de lo dispuesto por el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS tiene la finalidad de regular el servicio público esencial de salud y de **crear condiciones generales de acceso de toda la población al servicio de todos los niveles de atención, esto es, lograr la cobertura universal de los servicios.**

Los artículos 153 y 154 ídem, señalan los fundamentos del servicio público de salud, así:

“ARTÍCULO 153. FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO. <Artículo declarado condicionalmente EXEQUIBLE⁴> Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

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

2. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. ...

³ Sentencias T- 408 de 1994 Exp. 544; M.P. Dr Fabio Ortiz Morón

⁴ - Artículo declarado *CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE* por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-633-96 del 28 de noviembre de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, "únicamente en cuanto, al cobijar por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a los trabajadores independientes con capacidad de pago, no desconoció el derecho de ellos a la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad

3. Protección integral. ...
4. Libre escogencia.
5. Autonomía de instituciones...
6. Descentralización administrativa. ...
7. Participación social.
8. Concertación. ...
9. Calidad. ...

ARTÍCULO 154. INTERVENCIÓN DEL ESTADO. *El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:*

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley.

b) *Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;*

c) *Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;*

d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud *permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;*

e) *Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;*

f) *Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;*

g) *Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;*

h) *Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.*

PARÁGRAFO. *Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.”*

Lo anterior indica que el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS no es estático, como tampoco lo son los demás sistemas que conforman la seguridad social, está sujeto a variaciones en la medida en que el Estado avanza hacia mayores logros en cobertura y calidad; es así como en Colombia el sistema de seguridad social ha evolucionado constantemente, desde la ausencia de un esquema de intervención estatal con beneficios

asistenciales o de tipo humanitario, luego con beneficios normativos para ciertos sectores como el oficial, el militar y el educativo; además inicialmente el sistema era disperso, incompleto e inequitativo, con muy baja cobertura y problemas financieros.

La Constitución de 1991, como ya se dijo, superó el modelo asistencialista para señalar la seguridad social como un servicio público sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y destacó la salud como un servicio público esencial altamente intervenido por el Estado.

La Ley 100 de 1993 estableció la obligatoriedad de la afiliación al régimen de seguridad social en salud, consagró la posibilidad de gestión pública y privada en la prestación de los servicios de salud y señaló mecanismos específicos de financiación; una de las innovaciones más significativas fue la creación de los regímenes contributivo y subsidiado a uno de los cuales debe estar afiliado todo habitante en el país; **esta ley básicamente se refiere a los afiliados a este régimen, pero también tuvo en cuenta aquellas personas no afiliadas a los que denominó vinculados y a quienes les señaló algunos derechos pero mientras se afilian a uno de los regímenes**, lo cual significa que la meta del sistema es que todos los habitantes estén afiliados.

Como corolario de lo anterior y para el estudio de la pretensión de nulidad es importante advertir, como lo han señalado algunos tratadistas, que si bien es cierto que **la seguridad social tiene una vocación de generalidad, en su aplicación se remite a las previsiones y posibilidades que determine la ley** y la ley colombiana, en la actualidad, *no establece un criterio de universalidad en el campo de aplicación, sino únicamente respecto del sistema de salud, a*

*través de los regímenes contributivo y subsidiado que estableció la Ley 100 de 1993.*⁵

Es preciso resaltar que sobre los servicios públicos en general la Constitución Política en sus artículos 365 y 366 ha dicho que son inherentes a la finalidad social del Estado quien tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del país y cuyo objetivo fundamental es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. La doctrina ha precisado que servicio público no significa servicio gratuito⁶ y en efecto el artículo 49 de la Constitución Política ha señalado que **la Ley señalará los términos en los cuales la atención básica sea gratuita y obligatoria para todos los habitantes.**

Bajo las premisas anteriores la Sala se referirá a la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, para determinar conforme a ésta los derechos y las obligaciones de todos los usuarios del sistema.

La mencionada ley denomina genéricamente como “*participantes*” del Sistema de Salud a tres categorías de usuarios:

a) **Los afiliados:** Artículo 157 A. de la Ley 100 de 1993. En un sentido específico es el individuo que tiene una relación directa con la EPS; dentro de éstos se encuentran, como ya se mencionó, los **afiliados mediante el régimen contributivo** que son las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y los **afiliados al régimen subsidiado**

⁵ ídem

⁶ ídem

que son las personas sin capacidad de pago, esto es, la población más pobre y vulnerable, a los que se les conoce como población pobre cubierta con los subsidios a la demanda, su vinculación al sistema se hace a través de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales y de solidaridad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

b) Los beneficiarios: Como el Plan Obligatorio de Salud es de cobertura familiar, para estos efectos, al tenor del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, serán beneficiarios del afiliado el cónyuge o el compañero permanente por más de dos años, los hijos menores de 18 años que hagan parte del núcleo familiar y dependan económicamente de éste, los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años que sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de lo anterior la cobertura familiar podrá extenderse a los padres no pensionados del afiliado que dependan económicamente de éste.

c) Los vinculados: El artículo 157 b. de la Ley 100 los definió como aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y **mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado;** se les conoce como población no cubierta con los subsidios a la demanda, pero en todo caso son usuarios del sistema, en la medida en que tienen derecho a unos beneficios.

La meta es que todos los habitantes se encuentren dentro del régimen contributivo o dentro del régimen subsidiado bien sea como afiliados o como beneficiarios; por ello la Ley 100 de 1993 se ocupa principalmente de estos dos regímenes para fijarles sus beneficios, obligaciones y derechos; en cuanto

a los vinculados, se repite, también el sistema reconoce unos beneficios, mientras se afilian a éste, de tal manera que este tipo de participante es usuario del sistema y si bien no se le considera afiliado al régimen subsidiado, sí se le subsidian algunos servicios de salud.

Ahora bien, el régimen subsidiado tiene como propósito incorporar a la población más pobre del país otorgándole subsidios directos a la demanda, de modo que pueda afiliarse a las EPS subsidiadas⁷; de esta manera se sustituyeron los subsidios a la oferta representados en los presupuestos que recibían los hospitales públicos para atender directamente a la población en situación de pobreza; hoy el Estado financia los mecanismos para que sean las entidades del sistema de salud las que prestan los servicios subsidiando la demanda. A los vinculados el servicio se les presta por las instituciones públicas y aquellas que tengan contrato con el estado mediante los subsidios a la oferta.

Se tiene entonces, que existen servicios de salud que no se encuentran dentro de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud que consagra la Ley 100 de 1993, ni para los afiliados al régimen contributivo o subsidiado ni para los vinculados.

Los afiliados tienen la posibilidad de escoger libremente la entidad gestora del servicio –EPS, así como la entidad prestadora del servicio –IPS. Cada EPS recauda las cotizaciones, pero éstas no son de su propiedad⁸, sino que el sistema les reconoce una cuota per cápita por afiliado que se denomina Unidad de Pago por Capitación –UPC.

⁷ Bajo la Ley 100 de 1993 se denominaron Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS.

⁸ Ver Sentencia del 11 de octubre de 2007; RAD. 2003-00435

Las EPS al administrar los regímenes contributivo y subsidiado deben ofrecer un Plan de Salud Obligatorio llamado POS y POS-S respectivamente, que incluye servicios asistenciales en condiciones de calidad que no puede excluir la atención de enfermedades preexistentes; para quienes tienen capacidad de pago adicional existen planes complementarios de salud como lo son la medicina prepagada y los seguros de salud.

Visto lo anterior la Sala examinará cómo los participantes o usuarios contribuyen con la financiación del sistema.

Los afiliados al régimen contributivo, contribuyen con las cotizaciones obligatorias que deben efectuar sus afiliados usen o no el servicio y con este pago el afiliado y sus beneficiarios tienen derecho a los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud –POS; estas cotizaciones, como ya se advirtió, son del sistema y pertenecen al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA. El Estado reconoce a la EPS por su servicio un valor per cápita que, como ya se dijo, se denomina Unidad de Pago por Capitación –UPC.

También contribuyen a financiar el sistema con los pagos moderadores que son obligatorios; de conformidad con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, se aplican al afiliado y sus beneficiarios **sólo en la medida en que utilicen los servicios de salud de la EPS**; estos dineros pertenecen a las EPS.

Este tipo de afiliados al régimen contributivo, como ya se dijo, pueden obtener planes complementarios o adicionales, como son la medicina prepagada y los seguros, los cuales son asumidos voluntariamente y su financiación es

responsabilidad del afiliado y los ingresos entran al patrimonio de la entidad que presta el servicio.

Los afiliados al régimen subsidiado apoyan el sistema con una contribución subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad y tienen derecho así como sus beneficiarios a los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S; el Estado reconoce a la EPS por su servicio un valor per cápita que se denomina Unidad de Pago Por Capitalización Subsidiada –UPC-S.

De conformidad con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 también contribuyen con pagos moderadores cuando sus beneficiarios utilizan el servicio de la EPS-S.

La precitada disposición, que se aplica a los afiliados del sistema y sus beneficiarios, reza:

ARTÍCULO 187. DE LOS PAGOS MODERADORES. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE⁹> Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras¹⁰ y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.
<Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE¹¹> En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para

⁹ - Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-542-98 de 1o. de octubre de 1998, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara "bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes, salvo la expresión 'y la antigüedad de afiliación en el Sistema' contenida en el inciso 2o. de ese mismo artículo 187, la cual se declara INEXEQUIBLE"

¹⁰ Para la interpretación de este artículo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, publicada en el Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2008, cuyo texto original establece: "g) No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo reemplace;"

¹¹ Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-542-98 del 1o. de octubre de 1998, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre. Tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el Sistema, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía.

PARÁGRAFO. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Cuando la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de esta disposición, entre otras consideraciones hizo las siguientes:

“Cabe resaltar, entonces, que para el cobro de las cuotas moderadoras a que alude la norma acusada, se tiene como propósito esencial el educativo frente a la utilización racional de los servicios que ofrece el sistema de salud y la contribución razonable hacia la financiación del mismo.

.....

En un Estado con limitaciones económicas como el nuestro, donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal, determina que la sociedad y los particulares participen en la medida de su capacidad económica individual y con esfuerzo en la misma, para poder ofrecer a todos el servicio en condiciones que realcen su condición humana y permitan destinar una especial atención y protección a las personas menos favorecidas. La vigencia de un esquema de participación de la sociedad en los cometidos estatales de orden social así diseñado, facilita la realización material de un orden justo, basado en el respeto a la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos.

....

De manera que a diferencia de lo planteado por el actor, el deber de cancelar las cuotas moderadoras por quienes están obligados a ello, según su estratificación socioeconómica de afiliación que tengan en el Sistema, y como mecanismo promotor de su buen uso, no impide el ejercicio del derecho a la salud ni la protección a la vida; por el contrario, los garantiza y no los hace objeto de una discriminación carente de fundamentos razonables u objetivos, como tampoco se convierte en una barrera de acceso para los más pobres a los servicios de la atención en salud, que contradiga el principio de solidaridad.

En el segundo punto de la parte resolutive de la sentencia, la Corte expresa: "Los recursos provenientes de los pagos moderadores a que se refiere el inciso 3o. del artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, declarado exequible en el numeral anterior, se entiende que son recursos parafiscales, en los términos de esta sentencia.

*No obstante, de la misma manera como esta Corporación lo hizo en la Sentencia C-089 de 1998, ya aludida, la exequibilidad del cobro de las cuotas moderadoras tendrá que sujetarse a la condición de que con éste nunca se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, **si el usuario del servicio – afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, ´el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes´**”.*

Como conclusión de lo anterior tenemos que hay diferencias sustanciales entre lo que es un pago por cotización al sistema general de salud que es la suma que se paga independientemente del uso de los servicios de salud y cuyos recursos pertenecen al sistema y otra la que se paga por la prestación efectiva del servicio cuyos recursos pertenecen por regla general a la EPS salvo los porcentajes de ésta que el CNSSS destine al FOSYGA.

De conformidad con el artículo 172 de la Ley 100 de 1993 numeral 7°, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante el Acuerdo 030 de 1995 estableció dos tipos de pagos moderadores que es un término genérico para referirse a las sumas que se pagan por la efectiva prestación del servicio de salud, que se denominaron: las cuotas moderadoras y los copagos cuya distinción se hizo para diferenciar quien paga y en qué porcentaje o medida; las cuotas moderadoras son aplicables a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios y los copagos únicamente corren por cuenta de los beneficiarios y consiste en un aporte en dinero que corresponde a una proporción por el valor del servicio de salud, con base en la cotización del afiliado.¹²

¹² Sobre este tema ver sentencias del 15 de enero de 1998, rad. ACU-111, C.P. Dr Germán Ayala Mantilla; 17 de agosto de 2000, rad AC-11694, C.P. Dr Ricardo Hoyos Duque; 18 de julio de 2001, rad. 7076, C.P. Dr Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 23 de mayo de 2003, rad. 8169, C.P. Dra Olga Inés Navarrete; 3 de julio de 2003, rad. 13263, C.P. Dra Ligia López Díaz; 18 de julio de 2005, rad. ACU-02240, C.P. Dr Darío Quiñones Pinilla

Los participantes denominados vinculados no están afiliados, luego no contribuyen al sistema general de seguridad social en salud ni con cotizaciones ni con pagos moderadores, pues éstos se aplican sólo a los afiliados, como ya se explicó.

Lo anterior no quiere decir que el Estado no tenga ninguna protección en seguridad social en salud para estos participantes, pues como ya se dijo, mientras entran al régimen contributivo o subsidiado en calidad de afiliados la Ley 100 de 1993, dispuso al tenor del artículo 157 B. que **tienen derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tienen contratos con el Estado de acuerdo con su capacidad de oferta.**

CUOTAS DE RECUPERACIÓN

Como ya se explicó, los afiliados tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado y sus beneficiarios tienen los beneficios de salud contemplados en el POS o en el POS-S en los términos del artículo 162 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y los vinculados, mientras logran ser afiliados, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado al tenor de lo dispuesto en el artículo 157 ídem y a los demás servicios que expresamente contempla esta ley. La ley 100 de 1993 en ningún momento señaló que el usuario vinculado tendría todos los servicios de salud de manera gratuita.

Entonces se tiene que aquellos beneficios en servicios de atención en salud que no están contemplados en la Ley 100 de 1993, no son gratuitos, tienen un costo o tarifa que debe ser asumido por los diferentes participantes o usuarios del sistema, quienes deben pagar directamente a las Instituciones Prestadoras de Salud IPS una suma de acuerdo con su capacidad de pago que se denomina cuota de recuperación. Todos los usuarios o participantes del sistema, se repite, pagan estas sumas por servicios de salud que no están contemplados dentro de los beneficios de la Ley 100 de 1993 y la

Es así como el Decreto 2357 del 29 de diciembre de 1995 por el cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado, entre otras, fija en el artículo 18 acusado de nulidad, las tarifas que se deben pagar por cuota de recuperación todos los usuarios incluyendo los vinculados.

Ahora bien, el capítulo IV artículo 18 del precitado decreto, reglamenta el régimen de tarifas o cuota de recuperación de acuerdo con la capacidad económica del usuario, ello precisamente para proteger a la población más pobre; si el Gobierno Nacional no se hubiera pronunciado sobre el particular, todos los usuarios, incluidos los vinculados, tendrían que pagar la tarifa plena por aquellos servicios de salud, que prestan la IPS Pública o la IPS Privada que tiene contrato con el Estado, que no están dentro de los planes de beneficios los servicios de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, contemplados en la Ley 100 de 1993, lo cual iría contra el principio de solidaridad.

Por lo anterior, el artículo 18 del Decreto N° 2357 del 29 de diciembre de 1995, acusado de nulidad parcial, dispone que los usuarios con capacidad de pago deben pagar tarifa plena, que la población indígena y la indigente no

paga cuota de recuperación, que la población no afiliada paga un porcentaje mínimo de acuerdo a su nivel dentro del SISBÉN y que las personas afiliadas al régimen subsidiado que reciban atención por servicios fuera del POS-S pagan un porcentaje; es decir se ha tenido en cuenta la capacidad de pago según el estrato socioeconómico, con lo cual se tuvieron en cuenta los principios de solidaridad y eficiencia que rigen todo el sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, el Gobierno Nacional en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de la contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., literal k del artículo 1° de la Ley 10 de 1990, los artículos 154, 157 y 159 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 23 de la Ley 344 de 1996 expidió el Decreto 806 de 1998, (cuyo artículo 33 se demanda) *“Por el cual reglamentó la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”*.

El artículo 3° del Decreto 806 de 1998 señala los beneficios que ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así:

“De los tipos de planes. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud como servicio público esencial existen únicamente los siguientes planes de beneficios:

- 1. Plan de Atención Básica en Salud, PAB*
- 2. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS*
- 3. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POS-S*
- 4. Atención en accidentes de Tránsito y eventos catastróficos*
- 5. Atención inicial de urgencias.*

La anterior disposición enumera los beneficios ya contemplados en la Ley 100 de 1993, en su Capítulo III, *El régimen de beneficios* y define cada uno de éstos de conformidad con lo ya dispuesto en la Ley 100 de 1993. Por estar éstos servicios incluidos en el SGSSS no tienen cuota de recuperación.

Todos los usuarios o participantes del sistema, incluidos los participantes vinculados, tienen los beneficios del Plan de Atención básica -PAB, el cual es obligatorio, gratuito y es prestado por el Estado y sus entidades territoriales o por particulares mediante contrato con el Estado, con recursos del situado fiscal, de los programas nacionales de salud y de los que para el efecto destinen los departamentos, distritos y municipios de conformidad con los artículos 4°, 5° y 6° del Decreto 806 de 1995.

Igualmente, de conformidad con el artículo 15 ídem, todos los participantes del sistema, incluidos los vinculados, tienen los beneficios otorgados por accidente de tránsito con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al Fosyga según el caso y también el sistema garantiza el pago a las IPS por la atención en salud a las personas víctimas de eventos catastróficos, actos terroristas y otros eventos aprobados por el CNSSS, así como las indemnizaciones a que haya lugar.

Por último, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, es decir a todos los participantes del sistema, la atención inicial de urgencias, de conformidad con el artículo 16b íbidem.

En cuanto a las cuotas de recuperación, es decir los pagos por los servicios no incluidos en el sistema, el citado Decreto 806 de 1998 dispone:

Afiliados al régimen contributivo: Los artículos 26 al 28 del Decreto en comento señalan los beneficios de los cotizantes a este régimen y de sus beneficiarios; dispone que cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente y si no tiene capacidad de pago para asumirlos podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta **y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.**

Para los afiliados al régimen subsidiado: Los artículos 29, 30 y 31 disponen que el régimen subsidiado garantiza a sus afiliados la prestación de los servicios incluidos en el POS-S que defina el CNSSS en los términos establecidos en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y diseñará un programa para que éstos alcancen en forma progresiva el POS del Régimen Contributivo, quedando excluidas las prestaciones económicas, como los son los subsidios en dinero por incapacidad.

En cuanto a las cuotas de recuperación de estos afiliados señaló que cuando éste requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS-S y no tenga capacidad para asumir su costo, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta **y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.**

Vinculados al Sistema: señala la norma que éstos tendrán acceso a los servicios de salud que presten las entidades públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, de acuerdo con la capacidad de oferta de estas instituciones y **de acuerdo con las normas de recuperación vigentes**.

En el presente caso se solicita la nulidad de las siguientes disposiciones:

1. Artículo 25 del Decreto 806 de 1998 porque la actora incluye a los participantes vinculados como afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando al tenor de la Ley 100 de 1993 son participantes no vinculados.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 arriba transcrito señala los tipos de participantes en el sistema así: **1. los afiliados, que son los que pertenecen al régimen contributivo o al régimen subsidiado y 2. los vinculados** temporalmente mientras ingresan al régimen subsidiado; el artículo 25, acusado por la actora de nulidad, dispone que **son afiliados al régimen tanto los afiliados al régimen contributivo como los vinculados**.

De la comparación de las citadas disposiciones se tiene que, en efecto, el artículo 25 acusado del Decreto 806 de 1998 por una imprecisión incluye a los participantes vinculados como afiliados; sin embargo observa la Sala que tal yerro no tiene la entidad suficiente para declarar la nulidad deprecada en ese aparte, pues en todo caso del contexto de la norma se infiere que trátase de participantes afiliados o vinculados, como se ha visto hasta el momento, no se alteran los beneficios ni los derechos ni las obligaciones de cada uno de los

participantes en el sistema, que como ya se dijo se rige por los principios de universalidad y solidaridad.

Estima la Sala que más que una cuestión sustancial que rompa la armonía del sistema, se trata de un aspecto de semántica, tanto así que el artículo 32 del mismo Decreto 806 de 1998 al referirse a los VINCULADOS AL SISTEMA señaló “*serán vinculadas al sistema general de seguridad social en salud las personas que no tienen capacidad de pago mientras se afilian al régimen subsidiado*”, que es precisamente la definición de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior la Sala no accederá a la pretensión aquí formulada.

2. Artículos 18 del Decreto 2357 de 1995 y 33 del Decreto 806 de 1998, sobre los cuales la actora alega que los participantes o usuarios vinculados no pagan cuotas de recuperación y que el Presidente violó la Constitución y la ley y excedió sus facultades.

La Sala para responder este cargo se remite a lo ya explicado anteriormente y hace énfasis en que el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia depende de la normatividad que rige en el momento. El sistema de cobertura es progresivo en la medida en que tiene como meta cubrir mayores servicios a todos los colombianos y se rige constitucional y legalmente por los principios de solidaridad y eficiencia para que se pueda sostener financieramente.

La Ley 100 de 1993 se refiere, como ya se explicó, a los beneficios que ofrece el sistema para todos los participantes y el Decreto 806 de 1996 por un lado los aclara y explica y por otro, señala las **tarifas que se deben pagar por aquellos servicios no incluidos en la citada Ley ni para los afiliados al régimen contributivo o subsidiado ni para los vinculados**, para señalar que cuando éstos no tengan capacidad de pago para los servicios no contemplados por el sistema, tendrán acceso a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, **de acuerdo a su capacidad de oferta y de acuerdo con las cuotas de recuperación vigentes que la persona debe pagar a la IPS que lo atiende.**

En otras palabras la Ley 100 de 1995 se refirió a los beneficios que presta el sistema, por lo tanto los servicios que están fuera de éste tienen un costo, así como lo tienen los servicios públicos domiciliarios y el servicio público de transporte; lo que hizo el Gobierno Nacional al expedir la norma acusada fue precisamente disponer medidas para que en virtud de los principios señalados de solidaridad y eficiencia, los usuarios del sistema paguen un porcentaje por los servicios que están fuera de éste, de acuerdo con el estrato socioeconómico de los usuarios, lo cual no contraviene la Constitución, más aún cuando estableció que los indígenas y los indigentes no pagan cuota recuperadora.

Para las personas vinculadas existe un sistema de focalización de beneficiarios de subsidios que se denomina el SISBEN, definido por el Departamento Nacional de Planeación, como un conjunto de reglas, normas y procedimientos que permiten obtener información socioeconómica confiable y actualizada para identificar los usuarios de subsidio bien sea de salud, vivienda o educación. Por ello el Decreto 2357 de 1995, en su artículo 18

acusado, señaló diferentes porcentajes de pago de cuota recuperadora según el estrato socioeconómico señalado por el Sisbén.

Es así como estas personas identificadas en los diferentes niveles del SISBÉN, también contribuyen de acuerdo a su capacidad económica, con el pago de la cuota de recuperación a la IPS por el servicio efectivamente prestado, que se encuentre por fuera de los beneficios del sistema; como ya se dijo el sistema incluye para los vinculados el Plan de Atención Básico –PAB, accidente de tránsito, eventos catastróficos y atención inicial de urgencias y otros servicios que el CNSSS señale, por lo tanto sobre éstos servicios no se paga cuota de recuperación. Es claro además que el sistema puede ampliar esos beneficios.

No se puede predicar que se está violando el principio de igualdad, sino que por el contrario lo que ha dispuesto la norma acusada es tratar de manera diferente los casos que así lo son, al exigir el pago de cuotas de recuperación a quienes usen el servicio de salud por fuera de los beneficios que la ley concede, dependiendo de su capacidad y estrato socioeconómico, pues toda la población, bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad debe participar para que el sistema de seguridad social en salud sea sostenible.

Ahora bien la Ley 10 de 1990 por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud, que se aplica de conformidad con el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 en los aspectos no cobijados en esta ley, dispone en su artículo 48:

“ARTICULO 48. REGLAMENTO TARIFARIO. Para los efectos de que trata la presente ley, el Ministerio de Salud adoptará un reglamento tarifario para la prestación de servicios de salud, en el cual, se contemplará:

a) Metodología de costos estándar, según niveles de complejidad, regiones del país y factores de ajuste inflacionario;

- b) Criterios para establecer tarifas para los usuarios de los servicios de salud, según sea su capacidad en atención a su categoría socio-económica y al lugar de residencia;*
- c) Niveles mínimos y máximos de los valores de las tarifas diseñadas, con base en el costo estándar, para la venta de los servicios entre entidades oficiales, al público, en general, o para la compra de ellos por parte de entidades públicas, en desarrollo de lo establecido en el artículo 23”.*

Además el Decreto -Ley 2164 de 1992 por el cual se reestructura el Ministerio de Salud, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, señaló:

ARTICULO 3o. Funciones. El Ministerio de Salud cumplirá las siguientes funciones:

- 1. Las que corresponde ejercer a los Ministerios de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 1050 de 1968.*
- 2. Las que le corresponden a la Dirección Nacional del Sistema de Salud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9° de la Ley 10 de 1990.*
- 3. Impulsar la descentralización del sector y el desarrollo institucional de las entidades de dirección y prestación de servicios de salud del nivel departamental, distrital y municipal.*
- 4. Coordinar la formulación de los planes de salud que deban adoptarse por las entidades territoriales en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y las normas legales que los reglamenten, a fin de **establecer** las metas y prioridades de la acción en salud, las coberturas del servicio, los eventos de atención, la población objetivo y la calidad y **costos de la atención**.*

De conformidad con lo anterior, las disposiciones acusadas no infringen la C.P. ni la Ley, sino que complementan ésta, precisamente con el fin de que los menos favorecidos, en este caso los participantes vinculados al sistema, paguen por los servicios de salud no incluidos en el sistema, apenas unos porcentajes de la tarifa plena, de acuerdo con su capacidad de pago.

Por lo anterior, en cuanto al cargo de incompetencia del Gobierno para expedir los actos acusados dirá la Sala que no tiene vocación de prosperidad porque el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 literal a. señaló como característica básica del Sistema General de Seguridad Social en Salud “*El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud*” y lo que precisamente hizo el Gobierno, en uso de su facultad reglamentaria y sin violar la ley, fue, en virtud de los principios de solidaridad y eficiencia contemplados en el Sistema, señalar unos porcentajes de acuerdo con el estrato socioeconómico sobre las tarifas fijadas por el Ministerio de Salud, para aquellos servicios de salud no cubiertos por el sistema para los diferentes usuarios.

Lo anterior impone negar las súplicas de la demanda, en lo que hace relación a las cuotas de recuperación para los participantes vinculados porque como ya se dijo éstos si están obligados a pagarlas de conformidad con lo expuesto en este proveído y el Gobierno Nacional actuó en uso de la potestad reglamentaria sin violar norma superior alguna.

Ahora bien, señala la actora que al incluirse a los vinculados dentro del Decreto 2357 de 1995, se violó el principio de unidad de materia porque éste se refiere exclusivamente al régimen subsidiado; anota la Sala que si bien el decreto se denominó “*por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado*” es claro que los vinculados si bien no pertenecen a ese régimen, sí tienen subsidios, porque tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado y a otros servicios de salud contemplados en la Ley 100 de 1993 conforme ya se explicó; si el Gobierno Nacional no los hubiese incluido en el

decreto tendrían que pagar tarifa plena, con lo cual sí se habría violado la Ley 100 de 1993, al desconocer el principio de solidaridad precisamente a las personas menos favorecidas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A :

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

RECONÓCESE personería a **MARÍA TERESA GIL CORTÉS** como apoderada del Ministerio de la Protección Social, entidad demandada y a **PAULA MARCELA CARDONA RUIZ** apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad demandada, en los términos y para los efectos de los poderes que respectivamente obran a folios 46 y 92.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA