

Comentario crítico de la reforma a la ley estatutaria de salud del año 2013

*Iván Alberto Díaz Gutiérrez**

* Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social con especialización en Gestión y Administración Universitaria. Docente investigador de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Autor de los textos *Instituciones de derecho laboral en Colombia* (1997) y *La flexibilización del derecho del trabajo y del salario* (2002) y de artículos publicados en revistas indexadas nacionales sobre el arbitramento voluntario en Colombia, la reforma pensional, la apariencia y la realidad en el trabajo asociado cooperativo y los riesgos profesionales, entre otros. Actualmente coordina el proyecto de Investigación “El control participativo en las entidades promotoras de salud en Cali, Colombia”. Docente investigador de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, en el Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales.

Resumen

En el transcurrir de los años, a partir de la Ley 100 de 1993, muchos han sido los decretos reglamentarios y las reformas legales y constitucionales introducidas a dicha normativa, en busca de la solución a los diferentes problemas para la población, para la profesión de la medicina, para el sector financiero y para el Estado mismo como regulador del sistema. Ahora se pretende mediante ley estatutaria aprobada por el Congreso de la República dar nuevas soluciones a esa problemática. Este artículo analiza de manera crítica el contenido de la ley aprobada y concluye si en verdad esta norma resuelve integralmente los problemas del sistema de salud en Colombia.

Palabras clave

Sistema de salud, participación, financiación, reforma legal, Estado.

Critical Commentary of the Colombian Health Reform Law of 2013

Abstract

After Law 100 was passed in 1993, this act has been amended by many regulatory decrees, as well as several legal and constitutional reforms. This has been done with the intention of solving various problems that affect the general public, the medical profession, the financial sector, and the state as the healthcare system's regulator. A new statutory law approved by Congress seeks to provide new solutions to these problems. This article critically analyzes the content of this law and draws conclusions on whether this law solves the problems of Colombia's healthcare system.

Keywords

Healthcare system, participation, funding, legal reform, state.

Al aprobarse por el Senado de la República el texto conciliado de reforma al sistema de salud y encontrarse para sanción del presidente de Colombia, debe analizarse detenidamente su articulado para definir si en su texto se resuelven los problemas identificados como fundamentales en ese sistema en los órdenes económico, jurídico, social y organizacional.

A manera de ilustración previa, debe plantearse que el modelo del sistema de salud colombiano responde al de un aseguramiento pluriestructurado, resultado del propósito de combinar los modelos mayormente utilizados en Iberoamérica para diseñar o hacer un modelo ecléctico en el cual se pretendía, según palabras del exministro Juan Luis Londoño en informe rendido al BID en 1997, tomar lo positivo de cada modelo y desechar lo negativo de ellos. El resultado de ese intento inicial de reformar a la Ley 100 de 1993 culminó en una normativa híbrida que, a pesar del tiempo transcurrido y de las reformas introducidas continuamente a la normativa inicial, hoy demuestra que no ha logrado constituir un sistema económico sólido ni una estructura jurídica que regule sus aspectos sociopolíticos ni una solución a las necesidades sociales que en este campo se ven incrementadas día a día por la depresión demográfica que afecta al mundo y el consecuente envejecimiento de sus pobladores, como dos variables de este fenómeno sociopolítico.

Este artículo pretende de manera muy breve, a manera de ilustración para los interesados en el sistema de seguridad social en salud, hacer un análisis descriptivo pero crítico del texto aprobado por el Congreso en los aspectos macroeconómicos, jurídicos, sociales y profesionales de la medicina en su componente organizacional y formular unas primeras conclusiones, a manera de reflexión inicial, sobre el impacto predecible de esta nueva normativa que como hipótesis se plantea en los siguientes términos: *Esta nueva ley no resolverá ninguno de los problemas identificados en el sistema de salud ni mucho menos los ocultos, intencionalmente o no, pues en ella se mantienen vigentes los identificados como justificantes de la reforma, como se irá exponiendo en el desarrollo de este escrito, y no se explicitan o develan los que constituyen su ideología clasista.*

1. En lo económico

El modelo de aseguramiento pluriestructurado en salud que se pretendió implantar en las primeras reglamentaciones y reformas a la Ley 100 de 1993, implicó la transformación del modelo anterior a dicha norma, que correspondía al de *modelo público unificado*¹, con ello se definió la distribución de las funciones y obligaciones del Estado en materia de salud con el sector privado, cuestión que desde luego significó la redistribución de los recursos económicos entre estos dos sectores.

La forma como se redistribuye entre los entes estatales y el sector privado lo relacionado con los recursos que provienen de la salud a partir de la Ley 100 de 1993 y sus posteriores reglamentos y reformas legales y constitucionales correspondió, en primer término, al recaudo que por vía de impuestos se hacía para destinar los recursos de la salud a la denominada atención básica y preventiva a cargo del Estado a través de los entes territoriales —departamentos y municipios— y en segundo término lo que se obtenía de las cotizaciones para la atención de la salud de los trabajadores dependientes colombianos o extranjeros con contrato de trabajo en Colombia por vía del Instituto de Seguros Sociales y de las Cajas de Previsión Social nacional y departamentales o municipales, que ahora será recaudado y administrado por entes privados o públicos o mixtos, con el objetivo de brindar salud no solo a los trabajadores dependientes, sino a todos los habitantes en Colombia.

La modificación del sistema general de seguridad social en la salud, de un sistema de aseguramiento laboral a un sistema de aseguramiento social y universal, para toda la población, parecía en principio una utopía por los elevados costos que implicaba, a primera vista, pero, como aseguramiento, la mirada se posó sobre los ingentes recursos que provendrían de las cotizaciones de todos los habitantes con capacidad de pago (afiliados obligatorios) y de todos los que, sin tener esa capacidad, cotizarían a través de subsidios a la demanda (régimen de afiliación subsidiada o régimen subsidiado en salud). Así, el aseguramiento en salud se convierte en una actividad muy lucrativa, pues responde al

¹ Documento de trabajo 353 del BID, titulado “Pluralismo estructurado. Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina” (1997), pp. 10-14.

modelo de aseguramiento escalar, que apunta a una afiliación masiva, cada vez más elevada, con el fin de disminuir la probabilidad de enfermedades y de enfermos (morbilidad), de un lado, y, del otro, se estimula la disminución del riesgo, mediante una política de salud pública preventiva que merme la cantidad de enfermedades y de enfermos, mediante la atención básica y primaria de la salud para impactar, con salud efectiva, en las edades tempranas que no permitirá que se manifiesten en enfermedades actuales. Lo anterior a la vez previene la aparición de otras enfermedades en edades más elevadas. A más salud, más ahorro para las entidades administradoras de la atención y más gasto para el Estado que tiene la función de prevención y atención básica primaria en salud.

Muy poco se ha mencionado en los análisis sobre los problemas del sistema en relación a la forma como actuó esta distribución de obligaciones y responsabilidades entre el Estado y los particulares, sobre todo en lo que tiene que ver con los recursos ahorrados por las EPS del sistema contributivo.

La información que se solicitó al respecto en el trabajo de campo que se realizó en el proyecto de investigación, referenciado más adelante, sobre “El control participativo de las entidades de salud EPS en el Valle del Cauca”, por parte de los estudiantes de posgrado de la especialización en Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, que culminó en el año 2013, no fue suministrada por parte de los entes promotores de salud bajo el argumento de no estar obligados a brindar dicha información a los particulares y porque no se sienten obligados a suministrarla públicamente. Por ello debe insistirse en que la información no solo es un derecho al que puede acceder la persona humana y obtener pronta y debida respuesta, sino que también es una obligación social de brindarla de manera continua y eficaz por parte de las entidades de servicio público, sean estas públicas o privadas.

Es necesario abrir en este lugar un paréntesis y destacar lo relacionado con la obligación de información, no solo sobre este derecho, sino sobre el deber de informar. Al respecto se ha dicho, en ponencia escrita presentada en la II Conferencia Nacional de Salud Pública

Globalización, TLC y Salud², realizada en la Facultad de Salud de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali durante los días 17 y 18 de agosto de 2011, que la ausencia de información es una falencia que, a pesar de su apariencia meramente adjetiva, trae graves consecuencias en el derecho mismo a la salud. A continuación se transcribe, parcialmente, sobre el deber de información, un artículo publicado en el periódico *Ámbito Jurídico*:

Diferencias irreconciliables

En el plano formal, el acceso a la información pública y el derecho de petición se distinguen en dos aspectos. Primero, el derecho a la información pública es anónimo. En cambio, quien promueve un derecho de petición debe identificarse. Y segundo, el derecho de acceso a la información pública no debe motivarse. El derecho de petición sí.

Luis Javier Moreno, director del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio Arboleda, cree que la confusión se debe a que el acceso a la información mezcla tres referentes distintos: el de la Convención Americana de Derechos Humanos, que lo ubica como parte de la libertad de expresión; el del ámbito colombiano, que lo vincula con el derecho de petición, y una tercera vertiente, que lo reconoce como un derecho autónomo.

Eso explicaría por qué la reforma al Código Contencioso Administrativo (Ley 1437/11) reprodujo la regulación de 1984 sobre el derecho de petición, en lugar de consagrar un nuevo contenido sobre el acceso a la información pública.

Newman y Moreno coinciden en que la norma trasladó una legislación rezagada que no incorpora los principios de la Constitución ni los parámetros exigidos internacionalmente en relación con el acceso a la información.

Todo esto, con el agravante de que la ley 1437 es una ley ordinaria. Por eso, no era la vía adecuada para regular el acceso a la información en el derecho de petición. Por lo pronto, ya existe una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos de la reforma que se refieren al tema. El cargo consiste, precisamente, en que esos aspectos requerían una ley estatutaria. En junio, el Procurador pidió su inexecutableidad.

² “La participación en las entidades de salud: una formalidad que facilita el descontrol y la ineficacia del sistema general de seguridad social colombiano”.

Para ratificar la anterior reflexión, en el proyecto de investigación antes mencionado, realizado en la Pontificia Universidad Javeriana de Cali y llamado “Control participativo en las entidades de salud EPS del Valle del Cauca”³, se identificó como una de las debilidades más protuberantes del sistema la ausencia de información de las EPS hacia los usuarios y hacia la comunidad en general, en materia financiera; de igual forma, se destacó la falta de conocimientos en asuntos financieros por parte de quienes forman parte de las asociaciones de usuarios de dichos entes promotores de salud.

El desconocimiento elemental en asuntos financieros se ve agravado por la no información periódica sobre los balances o estados financieros de estas entidades. Si bien se hacen reuniones anuales para “socializar” la situación reflejada en estos documentos probatorios de la situación financiera de las EPS, la verdad es que se hace con el criterio de “cumplir”, formalmente, con una obligación legal, más que con el sincero propósito de que la comunidad participe en el análisis y la discusión de esta información a través de sus representantes.

No se trata de inmiscuirse en los asuntos que corresponden a la intimidad de lo privado, sino de que, tratándose de entidades que administran recursos públicos, deben informar sobre la forma, exitosa o no, de su gestión económica. Se ha entregado a las administradoras privadas de seguros y de salud la administración de los recursos provenientes de las cotizaciones en salud que se les reenvía a través de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y con esos recursos deben prestar los servicios y atender los gastos que representa esta actividad, pero de otro lado su patrimonio mínimo y el adecuado también deben dinamizarse hacia la obtención de los mejores rendimientos para el acrecentamiento de su propio capital y el del capital social que se les ha confiado para su buena administración, lo cual debe redundar en beneficios para los dos componentes esenciales de su estructura: hacia el capital mismo y hacia el servicio de atención y prevención. En el anterior sentido, es fundamental entender que la cohesión entre la

³ Proyecto con código 02010029900003671. Grupo de investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo IJUD en categoría C de COLCIENCIAS. Informe final del 10 de julio de 2013.

población y el sistema se hace necesaria para que este subsista en el presente y se proyecte con estabilidad hacia el futuro.

El modo típico de expresión de la solidaridad social está representado por la seguridad, por la certeza en la percepción de la cobertura ante la presencia de una contingencia social. Esta situación es la principal motivación para la participación activa del ciudadano en la sociedad y, en muchos casos, la que la justifica. Las actitudes empáticas hacia los otros y la confianza en ellos contribuyen a la cohesión dentro de cada comunidad y promueve el deseo de sus integrantes de participar en los asuntos locales y de cooperar en cuestiones cotidianas. A partir de esa comunión conjunta de esa cohesión social se construye el “Capital Social” de una comunidad, el cual se asocia con el “...sentimiento de pertenecer a un barrio, de preocuparse por la gente que reside en él y por creer que esta gente se preocupa a su vez por los demás”⁴.

La Superintendencia de Salud conoce estos datos y, como obligación de Estado, debe presentar, de manera inteligible, esta información para que se pueda definir, con transparencia, si es cierta la situación de crisis por la que se dice está atravesando el sistema de salud colombiano.

Se cierra el paréntesis abierto para retomar el tema indicando que en el negocio del aseguramiento es fundamental el concepto de “capital social”, el cual se entiende, en términos de los autores Nora Inés Marasco y Miguel Ángel Fernández Pastor, así:

La ventaja de este concepto (de capital social) es que permite reconocer que las relaciones sociales de solidaridad, cooperación y confianza son productoras de una riqueza y un beneficio social sostenible, las cuales no podrían ser obtenidas en las relaciones de mercado ya que se encuentran inmersas en el propio tejido social. Permite identificar lo absurdo y el sentido antieconómico de reemplazar las relaciones sociales y culturales vigentes en todas las dimensiones de la vida humana por relaciones exclusivamente mercantiles o

⁴ FERNÁNDEZ PASTOR, Miguel Ángel y MARASCO, Nora Inés. La solidaridad en la seguridad social. Hacia una ciudadanía social. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), 2009, pp. 60-61.

económicas. El estudio del capital social constituye el puente teórico entre un enfoque meramente económico y un enfoque social y cultural del desarrollo de una sociedad⁵.

El cambio del *modelo público unificado* por el de aseguramiento pluriestructurado no es otra cosa que la combinación del concepto de capital social con el enfoque económico para el supuesto desarrollo de una sociedad. El cambio a ese modelo de aseguramiento, con participación del Estado, del sector asegurador y de la sociedad aportante, exige una explicación acerca de la forma como el sector asegurador, en compañía de las EPS, está gestionando y administrando lo financiero, pues es en ese terreno en el que se deben mover los particulares receptores de los recursos provenientes del aseguramiento (cotizaciones) y gestores de su actividad financiera (patrimonio mínimo y adecuado, para enfrentar las contingencias económicas que superen el valor de las reservas acumuladas para ello), es decir, el negocio garantizado por la entrega de un capital inagotable para que con él no solo se atienda la siniestralidad, sino que opere como cualquier recurso dentro de un sistema capitalista, para incrementar exponencialmente sus ganancias o aumentar la renta del capital a través de operaciones financieras permitidas legalmente.

En circunstancias de alta siniestralidad, no podrá esperarse otra cosa que la afectación de las ganancias acumuladas en el tiempo, cuando el valor de las reservas no sea suficiente para afrontar esa magnitud excepcional de siniestros. Pero, aun así, se requiere de una información técnica adecuada para concluir si el sistema está realmente en crisis o si ha sido tan exitoso, en su gestión y planeación, que es capaz y suficiente para afrontar los picos o pluses inesperados, sin tener que afectar ni su patrimonio ni sus utilidades. No está por demás recordar que el sistema de reaseguramiento disminuye los impactos negativos en una situación de crisis como la anotada, sin mencionar las necesarias compensaciones que el sistema político promueve para equilibrarlas.

Hasta el momento, la tan anunciada crisis del sistema de salud se ha explicado en lo relacionado con los recursos provenientes de las cotizaciones de la población y de los subsidios entregados por el Estado

⁵ *Ibid.*

para la atención de la población sin capacidad de pago, pero nada se ha dicho sobre la operación del negocio financiero de las EPS y de las aseguradoras, y es en ese sentido que se debe ampliar la información por parte de las dos superintendencias con pertinencia funcional sobre el asunto: las Superintendencia de Salud y la Superintendencia Financiera.

No se puede seguir haciendo carrera sobre la crisis del sistema de salud sin tener como fundamento una información financiera transparente y auditada por el sector académico y la Contraloría General de la República en coordinación con la Procuraduría General de la Nación.

Durante el año 2012 se presentó el informe final de la investigación adelantada por la Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social de la República de Colombia, conjuntamente con CEDEX y USAID, sobre el financiamiento del sistema general de seguridad social en salud, seguimiento y control preventivo de las políticas públicas. En este importante estudio se llegó a conclusiones como la siguiente:

Hoy en día el sistema de seguridad social en salud está atravesando una de las mayores crisis financieras de toda su historia a causa, según el gobierno nacional, de la insuficiencia de recursos que se manejan. Lo anterior ha llevado a desarrollar diferentes acciones como el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009 (declarado inexecutable por la Corte Constitucional) y las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 las cuales se concentraban en la búsqueda de nuevos recursos financieros para el sector. Otra hipótesis que se construye a raíz de la presente crisis es que en el sector hay suficiencia de recursos: circulan aproximadamente 40 billones de pesos, cifra que parece significativa a la luz del gasto en salud en América Latina: Por lo tanto los actuales acontecimientos se atribuyen al manejo inadecuado de los recursos financieros del sector, más que a su escasez. Lo anterior se evidencia por los hechos de corrupción públicamente conocidos que son la consecuencia de un ineficiente sistema de inspección, vigilancia y control. En este sentido se requieren herramientas de control preventivo con el

Comentario crítico de la reforma a la ley estatutaria...

fin de evitar el uso indebido de los recursos financieros del sector salud⁶.

En este informe de la Procuraduría General de la Nación sobre el financiamiento del sistema general de seguridad social en salud, se hace un detallado estudio sobre la política preventiva de la gestión de los recursos financieros del sistema de salud, pero no se hace ninguna referencia o mención a la gestión de los recursos financieros propios de las EPS y de las aseguradoras socias o independientes de las mismas, sobre la forma como hacen sus inversiones en el negocio del aseguramiento⁷. No hay publicado un solo documento sobre la relación existente entre el servicio y el negocio que realizan las EPS dentro del modelo de aseguramiento pluriestructurado que permita tener la capacidad sincera de concluir si de verdad la crisis de la salud existe en el terreno económico, como se ha venido difundiendo y haciendo opinión.

Si se aceptara, en gracia de discusión, que el sistema de salud atraviesa una crisis económica, de todas formas tendríamos que decir que la ley estatutaria aprobada por el Congreso en poco o nada se refiere a este tema, sino que se reduce a modificar la denominación de EPS por otra denominación, con la finalidad de que realicen más gestión financiera que administración y organización de servicios de la salud.

Por lo anterior, se puede concluir que lejos está la ley estatutaria aprobada de presentar soluciones al componente económico del sistema de salud colombiano, y mucho menos se basa en estudios que escindan lo financiero, en su componente de redistribución de los recursos del Estado, del componente de gestión financiera patrimonial del negocio de las sociedades propietarias de las EPS y de las compañías de aseguramiento que las respaldan y se benefician de su actividad económica financiera.

⁶ PEÑALOZA QUINTERO, Rolando Enrique *et al.* Fundamentos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas. ECOE, 2012.

⁷ *Ibid.*, pp. 42-73.

2. En lo jurídico

La ley estatutaria aprobada por el Congreso de la República de Colombia introduce modificaciones que poco alteran la normativa anterior y todavía vigente, hasta que sea sancionada la primera.

A continuación se presenta una primera y elemental reflexión sobre cada uno de los artículos aprobados y que en opinión de algunos expertos en la materia merecen alguna mención para su análisis y crítica por parte de la comunidad y de la academia:

- a) El artículo 1 destaca el carácter de derecho fundamental de la salud que se regulará a partir de su expedición.
- b) El artículo 2 introduce la reforma al concepto de obligación indelegable del Estado en todo lo relacionado con el servicio de salud, sin embargo, destaca el carácter de esencial de este servicio y no incluye el componente de *participación* que debe perfilar su actividad permanente. Una de las principales falencias identificadas en el proceso de investigación adelantado por el grupo de investigación IJUD del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Cali a través de las entrevistas realizadas con los representantes de las asociaciones de usuarios de las diferentes EPS de Cali y del Valle del Cauca es la baja participación de la comunidad en el desarrollo de todas las funciones y actividades que les son propias a estas entidades y la virtual ausencia de estos representantes en las juntas directivas de las mismas⁸. Se hace indispensable una capacitación permanente para la participación, ofrecida por el Estado a través de las universidades públicas y privadas en esta materia de la participación en el sistema de seguridad social en salud o de las universidades, dentro de su autonomía para fijar su régimen de administración y gestión académica o como ejercicio libre de su obligación y derecho a participar en todos aquellos asuntos en los que pueda beneficiarse o salir perjudicada.

⁸ Ver el informe final de investigación de “El control participativo en las entidades de salud EPS de Cali y el Valle del Cauca, p. 31 (coordinador Iván Alberto Díaz Gutiérrez).

- c) **Ámbito de aplicación:** El artículo 3. Posibilita, de manera general, la intervención del Estado en todo lo relacionado con el derecho fundamental de la salud, incluida la salud prepagada, que en el texto inicialmente aprobado por la Cámara de Representantes había sido incluido como punto excepcional, pero al conciliarse el texto no se incluyó en la redacción final. Lo que significa esto es que sí puede ser intervenida la medicina prepagada por el Estado y no solamente en circunstancias excepcionales, como se había aprobado inicialmente en la Cámara de Representantes.
- d) El artículo 4. No se menciona la *participación* como una característica esencial a un sistema de salud. Así sucedió con la Ley 1438 de 2011 y así lo mencionó Juan Carlos Cortés en su obra sobre la reforma a la salud contenida en la Ley 1438 de 2011, pretendiendo indicar que, al no mencionarse la participación social en el texto de esta ley, quedaba excluida de los organismos de dirección, vigilancia y control de la salud⁹. Afortunadamente, el derecho a la participación es constitucional y por ello, así no lo mencionen las leyes reglamentarias o reformativas, ha de seguir aplicándose y exigiéndose de parte de la comunidad y sus representantes, en las asociaciones de usuarios de las EPS. La anterior tendencia se refleja igualmente en esta nueva ley estatutaria, al no mencionar en el artículo 4 de la ley aprobada el principio de participación y las obligaciones consecuentes que le son correlativas. Los siguientes términos son los utilizados por Cortés en la obra referenciada anteriormente:

En relación con la definición que de este principio contenía el artículo 153 de la Ley 100, se echa de menos la referencia expresa que aquel contenía en cuanto a que el gobierno debía reglamentar los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las instituciones del sistema y el postulado según el cual sería obligatorio la participación de representantes de los usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público, disposiciones que por

⁹ CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Reforma al sistema de salud. Comentarios a la Ley 1438 de 2011. Bogotá: Legis, 2011, p. 191.

la modificación introducida quedan por fuera del ordenamiento jurídico.

- e) El artículo 5. No menciona la obligación de informar y de promover la participación de la sociedad en la auditoría que se realice a estos organismos de participación ciudadana, a pesar de la detallada relación de obligaciones del Estado con relación al derecho fundamental de la salud, pero ha de reconocerse que más adelante lo menciona y le da posibilidades de ejercicio. El literal e) de este artículo, al referirse a la obligación de inspección, vigilancia y control, menciona que se creará un organismo para ello, pero no incluye al control y la participación sociales como integrantes de ese futuro ente. En el literal h) y en el j) de este mismo artículo se incluyen los principios de razonabilidad y progresividad, que han sido desvirtuados, en la práctica, como principios que garanticen la protección a la salud, pues, en la jurisprudencia expedida para la interpretación de estos dos principios, se termina con el efecto contrario al planteado, a través del principio de estabilidad fiscal (literal j del artículo comentado), el cual permitiría la no prestación de un servicio de salud o la entrega de un medicamento si, a juicio de la justicia formal, se estuviera arriesgando la estabilidad fiscal del sistema. Por otra parte este artículo no incluye, como una función estatal, el control de precios de los medicamentos, lo cual finalmente privilegia la teoría del aseguramiento como mercado y no la del aseguramiento como beneficio social.
- f) El artículo 6, sobre elementos y principios del derecho fundamental a la salud: en relación con el elemento *disponibilidad*, debió incluir también a las EPS como garantistas de este elemento y no dejar al Estado solo en este propósito de protección. Esto puede afectar a las finanzas públicas cuando ante situaciones excepcionales —por ejemplo, catástrofes inesperadas— solo el Estado respondería ante la no disponibilidad de servicios y medicamentos y demás elementos necesarios para la atención de los damnificados, no siendo esto exigible como elemento de la seguridad social en salud a las EPS o a los gestores de salud (término con el que se propone modificar su actual denominación) o cualquiera que termine

siendo la forma de denominarlas de dichas entidades. En cuanto al literal b, que se refiere al elemento *aceptabilidad*, esta es una denominación etérea, la utilización del verbo *permitir* en su declinación *permitiendo*, pues le resta fuerza a la participación social como derecho también fundamental del artículo 40 de la Constitución Política de Colombia; aunque este literal remite al artículo 12 de la nueva ley, donde sí se desarrolla de manera específica el derecho de la comunidad a participar en la dirección, la vigilancia y el control de los entes públicos y privados del sistema general de seguridad social en salud, le resta fuerza a este elemento la forma de redacción, pues lo trata como una concesión discrecional y no como una obligación de dar participación. El literal c, sobre *accesibilidad*, debe incluir no solo el derecho a la información, sino la obligación de información para que en realidad sea accesible a la comunidad. El literal d, sobre *calidad e idoneidad profesional*, incluye algo de gran importancia, como lo es la idoneidad del personal que preste sus servicios, dentro del sistema de salud, complementado con las obligaciones de capacitar, de educación continua y de evaluación permanente de los servicios y demás componentes del sistema de seguridad social en salud.

En relación con los principios, esta misma disposición incluye la *universalidad* en el literal a, y utiliza, al describir este principio, el término *residentes*, lo cual constituye un despropósito, desde el punto de vista del derecho internacional de la seguridad social, que debe referir al *habitante* como sujeto de la protección en salud, sin considerar si es nacional o extranjero, legal o ilegal, es decir, el término *residente* utilizado por el literal citado es discriminatorio y debe modificarse, o interpretarse como referido al habitante, sin consideraciones de si es o no residente. Se incluye el principio de *sostenibilidad* a cargo únicamente del Estado, lo cual favorece al sector privado de las aseguradoras y a las EPS, o a los entes que las reemplacen, pues no las obliga a tener disponibles los recursos que permitan hacer efectiva la progresividad y además se disculpa de responsabilidades a estos entes cuando condiciona la efectividad al principio de sostenibilidad fiscal.

- g)** El artículo 7 crea un indicador de la evaluación de goce efectivo de los derechos de la salud.
- h)** El artículo 8 define lo que se entiende por *integralidad* en el sistema general de salud.
- i)** El artículo 9 define los determinantes sociales en salud, concepto importante para la prevención de la enfermedad, a partir de los indicadores cuyas magnitudes resulten de los procesos de evaluación arriba indicados.
- j)** El artículo 10, al relacionar el conjunto de derechos y deberes de las personas relacionados con el derecho fundamental a la salud, no incluye a la participación como derecho, aunque en el artículo 12 sí incluye a la participación, pero como garantía y mecanismo legal. Al incluirse un literal i, sobre el deber de solidaridad, llama la atención su inclusión, pues ya la persona que está en el sistema como afiliada ha sido solidaria al cotizar durante largo tiempo por un servicio al que bien pudiera no acceder nunca. Vale la pena aclarar esto, pues podría tratarse de una solidaridad complementaria a la que surge del contrato de aseguramiento y, de ser ello así, se estaría obligando a pagar nuevamente por un servicio eventual ya pagado con anterioridad.
- k)** Artículo 11 sin comentarios.
- l)** El artículo 12 no incluye el derecho a participar en la dirección de los agentes de la seguridad social, lo cual ya había sido comentado anteriormente y que ya había sido anunciado desde la expedición de la Ley 1438 de 2011 por el tratadista Juan Carlos Cortés González.
- m)** Artículos 13 y 14 sin comentarios.
- n)** El artículo 15 modifica la concepción de un plan obligatorio de salud (POS) por una lista de exclusiones, es decir, se modifica la concepción de tener derecho solo a los medicamentos y servicios incluidos anteriormente en la lista del POS para que ahora las personas tengan derecho a todos los medicamentos y servicios que requieran, con la excepción de los que expresamente se excluyan. Es curioso que, mientras que la ley aprobó este método nuevo y aparentemente justo, en la semana comprendida entre el 1 y el 8 de julio de 2013, el Gobierno haya anunciado

que se reestructurará la lista del POS en los próximos días, según anuncio del ministro de Salud de Colombia.

- o) El artículo 17 crea un procedimiento para dirimir los conflictos que surjan por parte de los profesionales de la salud. Debe tenerse en cuenta que esta disposición no excluye los conflictos entre los profesionales de la medicina y los afiliados al sistema de salud por responsabilidad civil médica; esto seguirá siendo dirimido por la justicia ordinaria.
- p) Los artículos 18 al 26 serán analizados en los puntos relacionados con los efectos potenciales de la ley estatutaria aprobada en lo social y en lo profesional.

En general, se concluye que las modificaciones que trae la ley estatutaria aprobada en el Congreso de la República y próxima a ser sancionada u objetada por el presidente de Colombia son pocas y ratifican una política de mayor protección al sector financiero que a la población afiliada; se permite a las EPS seguir existiendo como gestoras del sistema de salud. Lo anterior no trae nada nuevo, pues, como quedó demostrado anteriormente, al analizar lo relacionado con la economía y el sistema de salud, las EPS como aseguradoras siempre han tenido la obligación legal y ética de ser gestoras financieras y no meras administradoras de los recursos provenientes de las UPC que reciben del Estado colombiano, lo que les ha brindado una posibilidad de crecimiento económico permanente, a cambio de una atención que, hasta ahora, sigue siendo considerada deficiente cuantitativa y cualitativamente, lo cual se ha demostrado en procesos de investigación académicos, como el mencionado anteriormente realizado por la Pontificia Universidad Javeriana Cali.

3. En lo social

La ley estatutaria ratifica los componentes sociales anteriormente contenidos en la Ley 100 de 1993 y sus múltiples reglamentaciones y reformas posteriores, pero se continúa con una grave tendencia a la exclusión de la comunidad en el ejercicio de su derecho a participar en los procesos que puedan afectar individualmente a sus miembros y socialmente a sus organizaciones. Como quedó planteado en el análisis del punto anterior, no se menciona ese derecho a participar en la

dirección de los entes públicos por parte de la comunidad, ni se vuelve a mencionar ese derecho como tal, sino como garantía o como mecanismo de participación en el artículo 12. Corresponde a los representantes de los usuarios en las asociaciones o alianzas o ligas de usuarios de las EPS y de las IPS rescatar este derecho constitucional, que no puede interpretarse como derogado o eliminado por el simple hecho de no haber sido vuelto a mencionar ni en el texto de la Ley 1438 de 2011 ni en el nuevo texto de la ley estatutaria aprobada.

4. En lo organizacional

Los artículos 17 y 18 de la ley aprobada tienen un alto contenido de aparente protección al ejercicio de las profesiones relacionadas con el sistema general de salud, lo cual es positivo.

No obstante lo anterior, la ley no resuelve los problemas laborales y humanos creados por la forma de contratación de estos profesionales de la salud. En efecto, nada se dice sobre los contratos de prestación de servicios profesionales que ocultan un verdadero o real contrato de trabajo ni sobre las cooperativas de trabajo asociado, que, a pesar de su aparente extinción por la ley, continúan, en muchos casos, ejerciendo el papel de intermediarios, lo que ahora está prohibido, y se transforman en novedosas organizaciones sindicales para ocultar el contrato de trabajo bajo la forma de contrato sindical o toman las nuevas formas de evasión del contrato laboral como empresas asociativas de trabajo o sociedades anónimas simplificadas (SAS), en estas últimas, ante una falsa promesa de protección ante los riesgos del trabajo. Es lamentable, pero cierto, que el sector de la salud esté administrado en muchos casos, no en todos, por sujetos que se caracterizan más por su habilidad en los negocios que por su sentido humano y ético. La ley de la salud debió de prohibir o desterrar de manera definitiva el contrato de prestación de servicios y las tercerizaciones, que abundan como formas de vinculación de los recursos humanos con las entidades de la salud.

Si esas medidas se incluyeran en el texto legal o en nuevas leyes, estaríamos haciendo una verdadera transformación del sistema de salud en lo que se relaciona con sus recursos humanos.

5. Disposiciones finales por analizar

- a) El artículo 19, sobre la *política para el manejo de la información en salud*, se ha redactado de tal manera que puede ser interpretado maliciosamente en el sentido de que la información de los agentes del sistema de seguridad social en salud solo deberá ser suministrada al Ministerio de Salud y Protección Social, dejando cerrada la puerta de la interpretación de que dicha información es una obligación para suministrársela a la comunidad y a las personas que la soliciten, pues se trata de un derecho fundamental de la Constitución Política de Colombia. Muchos han sido los casos en los que las ARP (hoy ARL), las EPS y los fondos de pensiones privados se han negado a brindar la información que se les solicita, pretextando su carácter de entes de derecho privado. Ahora, con la redacción que se critica, la negativa va a tener un respaldo inusitado con un texto legal mal redactado.
- b) Artículos del 20 al 24 sin comentarios.
- c) El artículo 25 puede ser una garantía aparentemente noble, pero mediante ella también puede generarse una cultura del incumplimiento por parte de los entes privados que se ampararían en el texto de este artículo que garantiza la *destinación e inembargabilidad de los recursos*.

6. Conclusiones

- a) La ley aprobada no hace cambios estructurales al sistema de aseguramiento y permite que la solidaridad económica siga siendo un posible negocio que no beneficia o poco beneficia al sistema general de seguridad social en salud.
- b) La redacción jurídica del texto genera equívocos que pueden significar disminución del derecho a la participación personal, social y ciudadana, al igual que al derecho y al deber de información.
- c) Mantiene las inequidades y tratamientos injustos al personal de profesionales de la salud, pues no prohíbe la utilización de los contratos de prestación de servicios ni la tercerización que hoy se ve favorecida con la figura de los contratos sindicales irreales

o ficticios. No puede dejarse de mencionar que existen circunstancias en las que se justifica el contrato de prestación de servicios de la salud, como en los casos puntuales de una operación quirúrgica de urgencia o de contratos sindicales o de cooperativas de trabajo asociado formadas precisamente bajo los principios de la economía solidaria.

- d) El aumento del valor de la cotización es una solución facilista que mantiene la situación actual. La gestión financiera de las EPS, o de los entes que las reemplacen, debe ser la principal actividad a desarrollar de su parte, como uno de los elementos de un contrato de aseguramiento, es decir, la generación de recursos adicionales y, en este caso, de mayor envergadura, provenientes de fuentes de negocios diferentes a la simple captación de, en este caso, cotizaciones, tomadas de una población cada vez más disminuida y enferma como efecto de la depresión demográfica que atraviesa el mundo y su consecuente envejecimiento.

Es el momento en que el sector académico debe involucrarse, de manera más definitiva, en el análisis crítico del sistema general de seguridad social, en todos sus subsistemas, pues, en gran parte, el factor ignorancia es el que ha permitido la tergiversación de los componentes de cada uno de estos sistemas y su desagregación de un sistema centralizado general de seguridad social. Ello ha permitido que la solidaridad entre regímenes esté ausente. De verdad que los superávits de los subsistemas deberían compensar los déficits que se presenten en alguno o algunos de ellos. En este sentido, la separación de pensiones y vejez del sistema de riesgos laborales solo ha beneficiado a los últimos, es decir, a las administradoras y a las compañías de seguros que las soportan y no al sistema general que seguramente estaría flotante y con buenas utilidades, en su totalidad, considerada integralmente.

APÉNDICE: Glosario

1. ASEGURAMIENTO PLURISTRUCTURADO: Combinación de modelos mayormente utilizados, particularmente en Iberoamérica, para diseñar un modelo ecléctico de metodologías de recaudo de recursos para la salud y de atención a los afiliados y usuarios del sistema,

especialmente en lo que tiene que ver con la calidad pública o privada de las entidades que integran el sistema y el origen de los recursos basados no solo en cotizaciones, sino igualmente en actividades lucrativas que le den sustento financiero al sistema, al igual que garantías estatales para casos excepcionales.

2. ASEGURAMIENTO ESCALAR: También conocido como aseguramiento por volumen, responde a la aplicación simple de la teoría financiera del aseguramiento en cuanto se parte de la afiliación cada vez mayor de la población para diluir el riesgo en menores probabilidades de siniestro inversamente proporcionales a la mayor cantidad de miembros asegurados al mismo. Ello a su vez trae como consecuencia mayor retención de las cuotas o cotizaciones por parte de la compañía de seguros. La busca de cada vez más afiliados a un sistema de seguros de un riesgo garantiza la disminución de siniestros y el aumento de recursos retenidos para atenderlos, que a la larga se convierten en patrimonio definitivo de las compañías de seguros.

3. MODELO PÚBLICO UNIFICADO: El servicio de salud a cargo exclusivamente del Estado y sus entidades centrales o descentralizadas, financiado mediante impuestos o tarifas o cotizaciones e impuestos.

4. EPS: Sigla que se refiere a las entidades promotoras de salud, que son las sociedades conformadas para administrar la atención y el recaudo de las cotizaciones del sistema de salud. Son creadas a partir de la Ley 100 de 1993 y pueden corresponder a personas jurídicas de derecho privado o de derecho público. Organizan a las IPS.

5. IPS: Instituciones prestadoras de salud, entidades o personas naturales profesionales de la salud que son contratados por las EPS o adscritas a ellas para la atención directa de sus afiliados y el suministro de la atención médica, quirúrgica o hospitalaria y demás servicios que hagan parte o estén incluidos en el POS.

6. POS: Plan obligatorio de salud. Lista de servicios, medicamentos, servicios y obligaciones a cargo de las EPS.

7. UPC: Unidad de pago por capitación. Las EPS recaudan las cotizaciones de los afiliados al sistema de salud y remiten los valores recaudados al Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), entidad esta última que a su vez reconoce a las EPS un valor por cada cotizante, denominado unidad de pago por capitación (UPC), cuyo propósito es

financiar las posibles eventualidades que surjan cada año y que puedan afectar la salud de los afiliados y sus beneficiarios, que deberán hacer parte del POS.

8. IJUD: Grupo de investigación que responde al nombre Instituciones Jurídicas y Desarrollo, categorizado por COLCIENCIAS en el nivel D. Pertenece al Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia.

9. COLCIENCIAS: Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Entre sus funciones están la de evaluar y categorizar los grupos de investigación que se registren en esa dependencia.

10. MEDICINA PREPAGADA: Sistema libre de afiliación adicional al sistema obligatorio de salud que es financiado por los habitantes que libremente lo escojan y que tengan capacidad de pago. Es un método que privilegia a los sectores sociales con capacidad económica, pues no es ni obligatorio ni gratuito. Cubre todos los servicios del POS, con cobros adicionales para medicinas, servicios de hospitalización, drogas o medicamentos, atención quirúrgica y farmacéutica, exámenes radiológicos, serológicos y otros de alto costo, pero no todos.

Bibliografía

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá: Legis, 2011.

CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. La seguridad social en la Constitución colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CÁRDENAS RIVERA, Miguel Eduardo. Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2004.

CASTILLO CADENA, Fernando. Problemas actuales de seguridad social. Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Derecho de la protección social. 2009.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Estructura de la protección social en Colombia. Reforma a la administración pública. Bogotá: Legis, 2012.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Reforma al sistema de salud. Comentarios a la Ley 1438 de 2011. Bogotá: Legis, 2011.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Subsidio familiar y servicios sociales en Colombia. Bogotá: Legis, 2011.

FERNÁNDEZ PASTOR, Miguel Ángel y MARASCO, Nora Inés. La solidaridad en la seguridad social. Hacia una ciudadanía social. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), 2009.

PEÑALOZA QUINTERO, Rolando Enrique *et al.* Fundamentos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas. ECOE, 2012.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Exclusión, desprotección social e injusticia laboral en Iberoamérica. Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas, 2011.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Los delitos en materia del seguro social. Porrúa, 2004.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Porrúa, 2003.

STIGLITZ, Rubén S. Temas de derecho de seguros. Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

VALENCIA, Fabio Alberto y MAYA, Néstor Raúl. Ley 100, la seguridad social y sus decretos reglamentarios. Guía metodológica de consulta. 2 ed. 1995.