

Sobre la materialización del principio de solidaridad en el sistema general de salud colombiano*

On the appearance of solidarity principle in the Colombian general health system

Sandra Patricia Duque Quintero**
Natalia Eugenia Gómez Rúa***
Christian David Rivera Aguirre****

Resumen

En este artículo de investigación se analiza la configuración del principio de solidaridad en el Sistema General de Salud Colombiano, en los regímenes contributivo y subsidiado. La investigación se asume como una experiencia hermenéutica, que es un paradigma de investigación cualitativo, que implica tanto un proceso de formación del ser que investiga, como un proceso de traducción de las estructuras de sentido en busca de algo nuevo por conceptualizar. Así, la pregunta que orientó la investigación tuvo que ver en cómo se expresa el principio de solidaridad en el sistema de salud en Colombia, analizando en el círculo de la comprensión que relaciona el todo con las partes, la interrelación de la solidaridad con otros principios del sistema general de salud, la aplicación del principio de solidaridad en la sistema de seguridad social en salud y la posición de la Corte Constitucional sobre el principio de solidaridad en salud.

Palabras Claves: Salud, Solidaridad, Principios, Régimen Subsidiado, seguridad Social.

Abstract

In this research paper configuration principle of solidarity in the Colombian General Health System in the contributory and subsidized regimes is analyzed. Research is assumed as a hermeneutical experience, a qualitative research paradigm that involves both a process of formation to be investigated, as a process of translating the meaning structures looking for something new to conceptualize. So, the question that guided the research was to see how the principle of solidarity is expressed in the health system in Colombia, analyzing in the circle of understanding relating the whole to the parts, the interrelationship of solidarity with other principles general health system, the principle of solidarity in the social security system in health and position of the Constitutional Court on the principle of solidarity in health.

KeyWords: Health, Solidarity, Beginnings, Subsidized, Social Security.

** Doctora en Educación, Magíster en Derecho, Especialista en Gestión ambiental y Abogada de la Universidad de Antioquia, profesora vinculada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Coordinadora de la Línea de investigación Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Grupo Derecho y Sociedad, Reconocido, Colciencias. Investigadora Grupo DIDES, Reconocido, Colciencias. Email: sanduque@derecho.udea.edu.co

*** Magíster en Derecho. Especialista en Derecho de la Seguridad Social y Abogada de la Universidad de Antioquia. Docente Investigadora y Coordinadora de Postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. Profesora en postgrados de las Universidades CES, Rosario y Antioquia. E-mail: ngomez@ces.edu.co mail.com

**** Estudiante de Derecho, auxiliar de investigación, Línea Derecho Laboral y Seguridad Social. Grupo Derecho y Sociedad, Reconocido Colciencias. Email: christianda123@gmail.com.



Recibido:
26 de noviembre
de 2013

Aprobado:
29 de noviembre
de 2013

* Artículo de reflexión producto de la investigación titulada "Las reformas al Sistema de Seguridad Social en Salud y su incidencia a partir de la ley 100 de 1993 sobre el principio de solidaridad", financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación-CODI- de la Universidad de Antioquia.

Introducción

El sistema salud colombiano se remonta a los años 1945 y 1946 cuando se crearon la caja de previsión social (Cajanal) y el Instituto Colombiano de los seguros Sociales (ICSS), hasta su liquidación ISS. Las bases conceptuales e ideológicas se apoyaron inicialmente en la ley del Seguro Social obligatorio, emitida en Alemania por Otto Von Bismarck en 1883. Las prestaciones sociales de los trabajadores, las pensiones, cesantías, salud y riesgos laborales, fueron reconocidas por la ley y eran llamadas entonces prestaciones patronales con anterioridad al ICSS, al ISS y de Cajanal. Pero las quiebras reales y fraudulentas de las empresas sugirieron la idea inaplazable de crear el Sistema de Seguridad Social como mecanismo organizacional separado de las empresas que se encargaban del manejo de las obligaciones del patrono y los derechos adquiridos por los trabajadores, independientes de la solvencia o insolvencia económica de las empresas. La seguridad social apareció entonces como el mecanismo institucional y financiero que garantizaba el acceso de los trabajadores a sus prestaciones sociales. Por ello, el desarrollo de la seguridad social en salud estuvo marcado por una fuerte diferenciación entre el sistema de los trabajadores privados, denominado seguridad social, y el de los funcionarios públicos, conocido como de previsión social.

A finales de la década del ochenta y comienzos del noventa, prácticamente todos los países latinoamericanos adoptaron los programas de estabilización y de ajuste estructural determinados por el Fondo Monetario Internacional. Estos programas estaban basados en el paquete de reformas económicas y políticas que caracterizan el modelo neoliberal: apertura completa de las economías a los mercados y al capital internacional, recorte del gasto público y eliminación de los subsidios estatales, privatización de las empresas públicas y de los servicios sociales y, en general, el establecimiento del clima más propicio para la inversión extranjera. Las instituciones financieras internacionales presionaron para que dichos cambios se realizaran, mostrándolos como la única forma de

afrontar la crisis del sector (Ahumada, 1998, p.19). La reforma de salud en Colombia de la ley 100 de 1993, acogió por completo estos criterios.

Ahora bien, el principio de solidaridad como producto histórico compensatorio que el Estado europeo crea para sus habitantes una vez culminada la segunda guerra mundial, se nutrió en buena medida de un principio basado en la justicia. Este consistía en reconocer el esfuerzo que los individuos, habían dado con sus vidas durante la confrontación bélica. Pero una vez superado este momento, se iniciaba el difícil proceso de la reconstrucción económica, y aquí, se hacía presente el caso de los trabajadores y ciudadanos que socialmente se encontraban desasistidos de los más elementales servicios. La creación de un sistema de amparo económico y social, exigía que tanto la sociedad como cada uno de sus miembros, hicieran su aporte respectivo. De esta premisa se nutrió el principio de la solidaridad, en el intento de atenuar cualquier privación o penuria que cualquier ciudadano pudiese afrontar; en especial los que menos recursos disponían. Sobre la naturaleza del principio de la solidaridad se estructuraron el resto de las bases que dieron lugar a los sistemas de seguridad social que se han conocido en el mundo (Beveridge, 1946).

La subsidiaridad, la universalidad, la integridad, la igualdad y la unidad, resultaron ser los componentes fundamentales de la seguridad social que se diseñaron, en función de la solidaridad, en tanto eje central de una política global de la sociedad democrática. De allí hasta el presente, la solidaridad ha sido el núcleo de todos los sistemas de seguridad social que se han establecido en distintas épocas (Cañon, 2007). A pesar de ello, se critica que muchos sistemas de seguridad social en la América Latina no han sido realmente solidarios, porque no cubren a buena parte de la población y conceden subsidios fiscales a sectores asegurados de ingreso medio que no lo necesitan. En Colombia, a partir de la constitución política de 1991, el principio de solidaridad es considerado un elemento orientador de las políticas sociales. Por ello, es importante indagar sobre las manifes-

taciones que un principio como el de la solidaridad pueda presentar en el marco del sistema de seguridad social en salud.

La interrelación de la solidaridad con otros principios del sistema general de salud

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), afirma que el principio de solidaridad es ignorado o recibe escasa atención por las reformas. Se critica que muchos sistemas público/seguro social en la región, no han sido realmente solidarios, porque no cubren a buena parte de la población y conceden subsidios fiscales a sectores asegurados de ingreso medio que no lo necesitan. También se aduce que, debido al envejecimiento de la población y el aumento en la esperanza de vida, el costo de la salud aumenta progresivamente y también la carga sobre las generaciones jóvenes, de manera que se rechaza la solidaridad entre generaciones (CEPAL, 2013).

No obstante lo anterior, el principio de solidaridad ha sido concebido como la ratio o razón de ser de la seguridad Social y por lo tanto la piedra angular que inspira y, en consecuencia, el que va determinando su finalidad y propósitos. El alto contenido filosófico y político de la solidaridad conlleva la dificultad que existe para tratar de dar un concepto unívoco o técnico de la misma, aunque es un aspecto casi inherente a la naturaleza humana y que está presente en las diversas formas de relación que se establecen entre individuos, grupos de individuos, comunidades, regiones y países. Autores como Durkheim (1987) entienden la solidaridad como la interdependencia recíproca o vinculación de miembros del grupo que conviven comunitariamente (pág. 96). Otros autores como Fajardo (1975) la concibe como un sistema de transfusión de recursos entre los diferentes segmentos de la población a favor de otros, o simplemente como un sistema de reparto de cargas (pág. 112), y para Almanza (1977) la solidaridad es un principio de responsabilidad colectiva y recíproca, inmanente a los grupos sociales, que vincula moralmente a los miembros entre sí y con las generaciones futuras, en orden a un destino común (pág. 168).

En el artículo primero de la Constitución política se establece que la República de Colombia se cimenta en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. El principio de solidaridad atenúa el rigor abstracto del principio de igualdad, según el cual las personas son iguales ante la ley y sólo ante la ley. Mientras en el Estado liberal clásico se apelaba a los sentimientos de fraternidad de las personas más pudientes económicamente, en el Estado social de derecho, la desigualdad material se enfrenta acudiendo al principio normativo de la solidaridad, el cual sirve para definir la dimensión de las cargas públicas que cada persona debe soportar y, en términos generales, para aplicar el principio de la igualdad.

El constituyente de 1991 quiso superar la concepción tradicional del principio de solidaridad entendido como postulado ético, en beneficio de una concepción normativa y vinculante. Así lo manifestó al señalar que:

La opción es por un Estado Social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

El principio de solidaridad irradia todo el orden jurídico y se manifiesta en numerosas instituciones y principios constitucionales: es el caso del postulado que establece la función social de la empresa (C.P. art. 333), el cual permite al Estado ejercer inspección y vigilancia (C.P. art. 334), incidir sobre las variables económicas dentro de las cuales se desarrolla la actividad empresarial (C.P. art. 150-19) y regular las relaciones entre los empleadores y los trabajadores a partir de principios laborales orientados a la protección de los derechos de los trabajadores.

En cuanto a la seguridad social, la solidaridad es unánimemente aceptada como principio básico o fundante y su comprensión se da en dos sentidos: una solidaridad general en virtud de la cual todos

los miembros de la sociedad prestan su colaboración al bien común, aportando los medios necesarios para el suministro de las prestaciones a quienes necesiten y con independencia del interés particular en la obtención de un beneficio y una solidaridad entre generaciones, según la cual cada generación activa debe proveer la tutela de las generaciones pasivas (Etala, 2002, p. 58).

Así, en materia de seguridad social, la alusión constitucional al principio de solidaridad es directa y explícita en el artículo 48 de la Constitución Política. Allí se consagra que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El concepto de solidaridad opera como un principio cuya fuerza normativa se pone en evidencia en aquellos casos en los cuales entran en conflicto obligaciones definidas de manera específica en la ley, de cuya eficacia depende la protección de derechos fundamentales. Los principios sirven para sustentar soluciones a los problemas de sopesar intereses y valores, de tal manera que la decisión final no habría sido la misma de no existir dicho principio. La solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales ya que en el Estado Social de Derecho no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales.

En este sentido, el principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familiares.

La aplicación del principio de solidaridad en la sistema de seguridad social en salud

La Constitución Política (CP) de 1991 define a Colombia como un Estado Social de Derecho, lo que implica garantizar los derechos sociales, tanto de índole individual como de orden colectivo, mediante su reconocimiento en la legislación y políticas activas de protección social (Giovannella, et al., 2012). En concordancia, la Constitución establece en el Título II, de los Derechos Garantías y Deberes, en su Capítulo 2, de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, artículos 48 y 49, los derechos a la seguridad social y a la atención en salud, como servicios públicos. El artículo 48 define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y como un derecho irrenunciable de los habitantes, 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 establece la Ley. Asimismo, garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, señalando que éstas tienen el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Inspirada en lo dispuesto por la Constitución Política, se expidió en 1993 la Ley 100 por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y que desarrolla sus fundamentos, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación y el sistema de salud adopta un modelo de pluralismo estructurado que incorporó los principios de la competencia regulada y que pretendió organizar la segmentación en la prestación de los servicios, creándose un sistema de seguros públicos y privados diferenciados por grupo poblacional conforme al ingreso, con separación de funciones de conducción, aseguramiento y prestación. El Estado asume el papel de conducción y regulación y aseguradoras privadas o públicas en competencia asumen las funciones de aseguramiento y compra de servicios. La población inserta en el mercado de trabajo formal cotiza obligatoriamente para el régimen contributivo y aporta una pequeña parte para un fondo solidario. Este fondo solidario financia el régimen subsidiado que cubre a los más

pobres, seleccionados conforme el ingreso por los municipios (Giovannella, et al., 2012).

Sobre el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social en salud, es importante anotar que aunque el artículo 153 de la ley 100, que consagró sus principios no mencionó la solidaridad de manera directa, lo incluyó indirectamente al decir que hacían parte también los contemplados en la Constitución Política. Igualmente, el artículo 2° de la misma Ley establece los principios del Sistema de Seguridad Social Integral, el cual cobija al Sistema de Salud y, entre ellos, incluyó explícitamente a la solidaridad, definiéndola como “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.”

En este sentido indica Gañan (2013) que de la mano con el desarrollo del concepto de salud emerge el concepto de derecho a la salud como un verdadero derecho de toda persona a gozar de los más altos niveles de bienestar y calidad de vida. De acuerdo a este propósito las normas constitucionales y marco de la Seguridad Social en Salud que han enunciado como pilar el principio de solidaridad deben propender en las reformas en Colombia que su cumplimiento sea efectivo.

Por su parte, la Ley 1122 de 2007, entre la interrelación que existe entre los principios de solidaridad y universalidad, plantea en los artículos 9 y 10, que para lograr la financiación que requiere el sistema para la cobertura Universal, es necesario a partir de la solidaridad que los empleadores y trabajadores independientes aporten un valor adicional para garantizar el acceso a los servicios de salud de la población y por ello se aumento en cero punto cinco el valor de cotización.

Posteriormente, la Ley 1438 de 2011, modifica el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, incluyendo explícitamente la solidaridad dentro de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ahora bien, en lo estipulado se puede ver claramente una diferencia con lo que dice el artículo

2° en cuanto a los principios del Sistema Integral, toda vez que esta reforma definió la solidaridad como “ la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas”. Tal definición no sólo parece ser mucho más escueta y corta que la del artículo 2°, sino que además incorpora en la solidaridad dos elementos nuevos, cuales son el acceso y la sostenibilidad de los servicios, dando así un claro reflejo de la tendencia legislativa de dar primacía a los aspectos relativos a la sostenibilidad financiera del sistema, hasta el punto de incluir visos de la misma en el principio mismo de la solidaridad, alterando así su contenido legal que venía constituido desde 1993 con la definición del artículo 2° en referencia al Sistema Integral del cual hace parte el Sistema de Salud.

¿Y cómo al interior del Sistema General de Salud, el principio de Solidaridad pretende materializarse?, la Corte Constitucional ha señalado que a partir de tres manifestaciones, que constituyen herramientas fundantes del Sistema mismo, como son el Plan Obligatorio de Salud (POS), el Régimen Subsidiado y el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) se configura la solidaridad en el sistema de salud.

En cuanto al régimen subsidiado en salud contemplado para las personas con recursos económicos limitados y vulnerables (artículo 212 y 213 de la Ley 100 de 1993), que tiene como finalidad esencial organizar y garantizar la cobertura con servicios de salud a la población colombiana definida como “pobre” sin capacidad de pago, mediante la utilización de subsidios del Estado. Los colombianos pobres susceptibles de afiliarse al Régimen Subsidiado, generalmente están ubicados en las zonas rurales, muchas de ellas dispersas y de difícil acceso y en los cinturones de miseria de las grandes ciudades (Morales, 1997).

Dentro de las personas que pueden ser beneficiarias y vinculadas al citado régimen se encuentran las madres durante el embarazo, parto, postparto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año,

los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago de las áreas urbana y rural de los estratos 1 y 2 de la población. (Art. 157 núm. 2 Ley 100 de 1993)¹, su afiliación se hace a través de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales de las entidades territoriales, con dineros del Fondo de Solidaridad y Garantías y con contribuciones de los usuarios.

Cuando se expidió la ley 100 de 1993, el logro de una cobertura plena de la protección en salud de esta población se fijó como meta legal para el año 2000 (art.157), este propósito no fue cumplido y fue formalmente retirado del ordenamiento en el año 2001 (L.715, art.113). La ley 1122 de 2007 fijó una nueva meta de cobertura universal del sistema de salud para la población más pobre (niveles I, II y III del Sisben) "en los próximos tres años", es decir que para comienzos del año 2010 debía haberse alcanzado la meta (Arenas, 2008, p. 536), propósito que aún no se logra.

Así, el Régimen Subsidiado en armonía con el principio de solidaridad, debe responder por la satisfacción de las necesidades de salud de la población más pobre y vulnerable del país, de lo cual se sigue que las entidades de previsión social o las entidades territoriales del acuerdo al ámbito de competencia obligadas a brindar tales prestaciones, no pueden oponer argumentos como la imposibilidad de cubrimiento de los tratamientos, procedimientos y medicamentos, que tornen nugatorio el derecho a la salud.

En cuanto al Plan Obligatorio de Salud -POS- que como se enunció anteriormente, es una de las ma-

nifestaciones de la Solidaridad al interior del Sistema General de Salud, tiene la finalidad de dar una cobertura mínima a la población. Así, el carácter fundamental del derecho a la salud implica la garantía del acceso a los servicios de salud que requiere una persona, aspecto que la Corte en la sentencia T-760 de 2008 desarrolla expresamente, señalando que: "(...) *el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal.*" Y es que como se ha reconocido internacionalmente, el derecho a la salud se desprende de la dignidad inherente de la persona humana. No es posible, por lo tanto, aceptar indefinidamente que a las personas que menos recursos tienen en la sociedad sólo se les garantice el acceso a algunos de los servicios de salud que se consideran básicos. Así por ejemplo, la obligación de unificar los planes de servicios de salud del régimen contributivo y subsidiado, surge pues, del deber constitucional de garantizar a toda persona el acceso a los servicios de salud en condiciones de solidaridad, universalidad y equidad (art. 49, CP; art. 2 y 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-). De hecho, de acuerdo con el artículo 2º del PIDESC, Colombia tiene la obligación de garantizar el ejercicio del derecho a la salud (artículo 12 del Pacto), sin discriminación alguna, entre otras razones, por motivos de posición económica.

En este sentido, también en Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional determina "ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la revisión integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS), garantizando la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud. Como medida complementaria, se ordena a la Comisión de Regulación en Salud la revisión de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley (de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema, acorde al artículo 162,

¹ Ver sentencia T-1226 de 2003.

parágrafo 2 de la Ley 100 de 1993”, por lo que a partir de la expedición del Acuerdo 032 de 2012 de la CRES, es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado.

Si bien, la Corte Constitucional reconoció la unificación del POS, fundamentada en la solidaridad, la universalidad y la progresividad del sistema, sostiene que debe existir algunas limitaciones en cuanto a las prestaciones a ofrecer; así lo reconoció la Corte en la sentencia T-329 de 1998 cuando señala que:

en razón de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social (artículo 48 superior), el Plan Obligatorio de Salud que pretende cubrir a la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegan a dicho sistema puedan atenderse las necesidades primarias de más personas, sacrificando otras de segundo orden y que implican una erogación superior, pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. En este sentido, existen servicios que deben incluirse con mayor prioridad y no todos los servicios de salud posibles pueden considerarse iguales: algunos de ellos son prioritarios por la mayor efectividad, por requerirse con urgencia o por lo común de su ocurrencia. Pero la anterior consideración no debe observarse automáticamente, es decir, sin tener en cuenta la situación concreta que está padeciendo la persona afiliada al sistema porque, en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social integral en salud y, más concretamente, del Plan Obligatorio de Salud, antes de cumplir con los principios antes señalados, no solo conllevan la negación rotunda de la finalidad del sistema, sino, lo que es aún más grave, la vulneración de derechos fundamentales.

Concretamente frente a los deberes de las EPS-S durante la prestación de los servicios de salud excluidos del POS, la jurisprudencia constitucional ha establecido que estas entidades tienen la obligación de orientar y acompañar a su afiliado hasta que se verifique la efectiva atención médica. Asimismo la Corte Constitucional ha sostenido

que en virtud del deber de garantizar tratamiento especial a las personas pobres y vulnerables que se encuentran vinculadas al régimen subsidiado de salud, el Estado no puede poner límites a la prestación del servicio de salud bajo argumentos como las exclusiones del plan de beneficios, pues ello puede generar la vulneración del derecho a la salud. De tal manera que, cuando una persona requiere un procedimiento o medicamento que no se encuentra dentro de la cobertura del plan de beneficios, debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, o demandar que el usuario sea atendido en otra institución. Lo anterior, porque mientras permanezca el usuario afiliado al sistema de seguridad social en salud la empresa promotora o la administradora debe velar por su atención integral, aunque determinadas acciones y procedimientos no les correspondan adelantarlos directamente (Sentencia T 1048 de 2003).

Lo expuesto permite concluir que en la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado en lo no cubierto por el plan de beneficios, las entidades territoriales tienen el deber de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud a través de entidades o instituciones prestadoras de salud de naturaleza pública o privada y en todo caso asumir los costos de los servicios y por su parte las EPS-S tienen la obligación de acompañar y verificar la efectiva y oportuna atención médica de quien continua siendo su afiliado, aun cuando, por ser un evento no POS, no tenga a cargo la atención médica, en desarrollo del principio de solidaridad, universalidad y eficiencia que fundamentan el sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, teniendo en cuenta que algunos medicamentos y procedimientos no se encuentran incluidos en este plan de beneficios y en aras de garantizar el principio de solidaridad, universalidad e integralidad, la Corte también ha indicado que se vulnera el derecho a la salud a una persona que requiere un medicamento o un procedimiento

excluido del POS y por lo tanto se deberá inaplicar la reglamentación que contiene las exclusiones cuando se verifique:

(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (ii) que se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. (Sentencia T 020 de 2013).

En consecuencia, en aplicación del principio de solidaridad, dignidad y vida, se deben conceder medicamentos y procedimientos que no se encuentra dentro de la cobertura del plan de beneficios si los mismos son necesarios para garantizar la vida e integridad personal.

De la misma manera, frente al deber de asumir el costo de los servicios de salud excluidos del plan de beneficios, en armonía con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 715 de 2001:

el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado. (Sentencia T 483 de 2012).

Bajo esta misma línea, frente a la prestación de servicios médicos excluidos del plan obligatorio de beneficios y dependiendo del grado de afectación del derecho a salud, la protección constitucional puede darse de dos formas, la primera mediante

la orden a la EPS-S para que realice la intervención, preste el servicio o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud –FOSYGA - y la segunda, mediante la orden a la ARS de que coordine la atención del usuario con las entidades públicas o las privadas con las que el Estado tenga contrato. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del citado fondo o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto” (Sentencia T 730 de 2010).

En el caso de los medicamentos excluidos de los planes obligatorios de salud, tanto las E.P.S como las E.P.S-S, en las condiciones de vulneración de los derechos fundamentales como la salud y la vida digna, tienen el deber de suministrarlos, y el derecho de repetir contra el Estado por el monto de éstos, correspondiente a lo que según las normas, se haya excluido de su obligación. La garantía del derecho a la salud obedece a la actuación organizada, planeada y eficaz de los diferentes actores, públicos y privados, de los cuales depende el respeto, la protección y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este derecho. En tal sentido, el incumplimiento de los mismos suele tener impacto en el Sistema y no sólo en un caso particular (Sentencia T 557 de 2006).

Cuando la Constitución Política protege de especial manera los recursos de la salud, ordenando que estos son de destinación específica (artículo 48 de la Constitución), no sólo evita que los recursos se destinen a otras finalidades, sino que establece una garantía positiva de que los recursos efectivamente se utilizarán en la prestación de los servicios que se requieran para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, buscando las tres partes de las condiciones con las cuales se busca que todos los habitantes del territorio nacional tengan acceso a un programa de salud, independiente de si cuentan o no con capacidad económica para tal evento.

En síntesis, el Sistema de Seguridad Social en Sa-

lud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional, con capacidad económica o sin ella, de tal manera que permita a todas las personas el acceso a los servicios de salud (Sentencia T 730 de 2006). El régimen Subsidiado, es el mecanismo a través del cual se hace efectivo el principio de la solidaridad, destinado a la prestación de la seguridad social en salud a quienes por su condición económica o por su situación personal no forman parte del régimen contributivo (Sentencia C 1165 de 2000) y el Fondo de Solidaridad y Garantía, institución a la cual se realiza el recobro de aquellos tratamientos y prestaciones que se encuentran por fuera del POS, que ante todo se le ha tomado como una derivación de la solidaridad (Sentencia T 281 de 2006). De esta manera, régimen subsidiado en salud, plan obligatorio de salud -POS- y fondo de solidaridad y garantías -FOSYGA-, forman un trinomio que pretende materializar y hacer efectivo el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social en salud, buscando la universalidad en el aseguramiento, mejorar la accesibilidad en la atención en los servicios de salud y lograr una mayor equidad en la cobertura del aseguramiento, que configura un avance significativo en la concreción del derecho a la salud como derecho fundamental e inalienable de todas las personas.

Posición de la república de Colombia. corte constitucional sobre el principio de solidaridad en salud

El principio de solidaridad es definido por la Corte Constitucional, como norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad. Todo ciudadano colombiano está en el deber constitucional de obrar conforme al principio de solidaridad social y de prestar su colaboración con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (Sentencia T 533 de 1992). La Corte igualmente resalta el valor de éste principio en el interior del Sistema de Seguridad Social y, en general, de todo el ordenamiento jurídico.

Así, la Corte Constitucional en la Sentencia T-329 de 1998 desarrolla el principio de universalidad unido al de solidaridad, para defender el carácter restrictivo del POS, señalando que:

Los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social (artículo 48 superior), el Plan Obligatorio de Salud que pretende cubrir a la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegarán a dicho sistema pudieran atenderse las necesidades primarias de más personas.

Postura que se mantiene en el pronunciamiento T-409 de 2000, en el que no sólo se mencionan los principios de universalidad y solidaridad como medio para argumentar la exclusión de algunas medicinas, sino que también se señalaron los de eficiencia, integralidad, unidad y participación. Así las cosas, atendiendo estos principios, se justifican en estos fallos de tutela la negativa frente a los medicamentos y servicios asistenciales que se encontraban por fuera del POS.

Por otra parte, en la sentencia C-126 de 2000, se esgrimió el principio de solidaridad, relacionado con la los principios de sostenibilidad, equidad y eficiencia del sistema, enunciando que:

Todos los partícipes del régimen de Seguridad Social debían contribuir con el mismo, siendo así que sus miembros debían, en general, cotizar para recibir beneficios y mantener al sistema. Así las cosas, se evidencia que se concibe la solidaridad como un criterio para pedir la sostenibilidad del sistema, mediante la inyección de capital a través de las cotizaciones de los afiliados.

Ahora bien, en sentencia T-350 de 2002, la Corte adopta una enunciación más garantista de lo que se quería hacer con el principio de solidaridad en relación con el plan obligatorio de salud-POS-. En tal oportunidad la Corte dijo expresamente:

basándose en el principio de solidaridad y con la intención de asegurar la prestación del servicio de salud en sus as-

pectos más importantes y básicos a toda la población, se creó el POS, encaminado a crear condiciones de acceso al sistema de todos los habitantes del territorio nacional, con capacidad de pago o sin ella, cobijando aspectos tales como la maternidad, enfermedad general, promoción, fomento y prevención de la salud y prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías.

En este punto la Corte Constitucional utiliza el principio de solidaridad para delimitar algunas de sus aplicaciones y establecer grupos prioritarios, no obstante, no había logrado dar una clara respuesta al contenido del mismo, lo cual terminó por realizar en la sentencia T-434 de 2002, cuando afirmó que la solidaridad:

Es un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo". Igualmente, estableció desarrollos propios de la solidaridad, de modo que dijo que "son tres las formas de este principio: la primera, como pauta de conducta según la cual deben obrar los individuos; la segunda, un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de particulares, que vulneren o amenacen derechos fundamentales y la tercera un límite a los derechos propios". Así, la Corte da una mayor claridad acerca del contenido mismo del principio de solidaridad indicando que éste buscaba el beneficio del interés colectivo y que "la solidaridad en materia de seguridad social se define como la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil, definición que debe irradiar todo el entendimiento del régimen de seguridad social

La Corte entonces define la solidaridad como principio que irradia el Sistema de Seguridad Social y el ordenamiento jurídico en general, reiterando este concepto en providencias posteriores como la T-089 de 2002, T-453 de 2004, T-1291 de 2005 y la C-111 de 2006.

Un desarrollo jurisprudencial con una mirada menos restrictiva de la Corte respecto a la prestación del servicio de salud, se expresa en la sentencia T-281 de 2006 donde señala que:

Es común que en el sistema de salud los servicios que un afiliado requiera no sean cubiertos por sus propios aportes, sino con los recursos del Sistema en general, en los cuales entran las cotizaciones de todos los demás aportantes, siendo así que los mayores contribuyentes financian en cierto sentido a los que no cotizan o lo hacen en menor proporción.

En este pronunciamiento, se vislumbra un cambio en la Corte respecto a la aprobación de los medicamentos por fuera del POS, con el recobro al Fosyga.

Otro desarrollo importante sobre el principio de solidaridad, lo hace la Corte en la sentencia T-057 de 2009, al agregar al concepto la palabra "social", así señala la Corte:

el numeral 2º del artículo 95 de la Carta Política Colombiana establece el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, en cabeza de toda persona, como correlato a los derechos y libertades reconocidas en la Constitución. Dicho numeral contempla como deber de la persona y del ciudadano "(...) obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas."

La Corte asimismo determinó los grados en que se debe recurrir a la solidaridad así, en la Sentencia T-730 de 2010 estableció que:

el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.

Esta tendencia interpretativa se reitera en la sentencia T-979 de 2012, en el entendido de que se trata de "un deber de la sociedad, exigible a to-

das las personas que la integran, para beneficiar y apoyar a los demás, especialmente a quienes se encuentren en una condición de debilidad manifiesta". Así las cosas, en esta sentencia el Tribunal Constitucional sostuvo la visión que ha traído y ha venido complementando sobre que la solidaridad es un deber exigible a las personas en cuanto a que brinden ayuda a los demás, especialmente a aquellos que están en una condición de debilidad manifiesta.

De esta manera, la solidaridad ha sido utilizada de una manera dual por la Corte Constitucional: por un lado, se ha determinado que la misma es un deber exigible a las personas con el fin de que ayuden a quienes se encuentren en debilidad, todo ello con el fin de amparar a la población vulnerable en el Sistema de Salud; pero por otro lado, se ha hablado también del concepto de solidaridad familiar, el cual hace referencia a la obligación que debe brindar la familia a la persona vulnerable en primera instancia, siendo así que antes de llegar a un cubrimiento en el interior del sistema, se tuvo que haber agotado el recurso de pedir a los familiares el sustento y lo necesario para solventar sus situaciones de crisis.

Así las cosas, se tienen dos posturas claras, la primera se muestra garantista y tiende por una protección por el individuo, especialmente el que se encuentre en situación de debilidad, a través de las instituciones y el Sistema de Salud; mientras la segunda es mucho más rigurosa con la protección que brinda el sistema a la persona y establece como requisito antes de acceder a éste, el haber recurrido inicialmente a la familia y si ésta no ha logrado ayudar y solventar los problemas de la persona, entonces ahí se puede acudir a las entidades de salud para buscar la protección que se necesitó desde un inicio. Ambas posturas basadas en el principio de solidaridad que irradia el sistema.

Conclusiones

Es considerable la distancia existente entre el principio de solidaridad establecido en la Ley 100 de

1993 y su materialización efectiva, así como hay una brecha profunda entre los resultados esperados y los efectivamente conseguidos. Esto es evidente en aspectos como el número de personas que se esperaba afiliar al sistema, la calidad de los servicios asistenciales, la nivelación de los planes de salud, el fortalecimiento de la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades de significado social. En general, los logros alcanzados han estado muy por debajo de los objetivos perseguidos y los planes trazados.

Es por ello que se considera que uno de los grandes desafíos del sistema de seguridad social en salud es avanzar hacia verdaderos sistemas solidarios y universales. La construcción de un sistema de previsión social universal hace imprescindible incorporar crecientes grados de solidaridad en el financiamiento. Sin solidaridad no es posible avanzar hacia la universalidad. A pesar de los esfuerzos de reforma y de algunas mejoras realizadas durante la década de los noventa en el país, aún queda mucho camino por recorrer. Primero, es necesario aumentar los niveles de cobertura. Ello implica extender los sistemas hacia los mercados informales de trabajo. Además de fortalecer la atención primaria en salud, a modo de prevenir enfermedades que en su etapa curativa son más costosas que su prevención. Además, dada la estructura de los mercados de trabajo y los niveles de ingreso per cápita del país, introducir y fortalecer los mecanismos de solidaridad a nivel del financiamiento será un desafío central de cualquier proceso de reforma de la seguridad social. Esto conlleva, por una parte, examinar cuidadosamente cómo se introduce el criterio de equivalencia entre contribuciones y beneficios en los fondos de financiamiento, así, cuando el principio de equivalencia es a nivel colectivo como es el caso en Colombia, donde los afiliados cotizan de acuerdo a su capacidad de pago y no por su riesgo, se fija un paquete básico de prestaciones obligatorio para todos y los riesgos diversos de los asegurados se compensan con subsidios y aunque hay un elemento importante de solidaridad para incorporar a pobres y personas de bajo ingreso con igualdad en dicho paquete básico, éste no elimina totalmente las diferencias de

acceso y calidad de la salud pues hay prestaciones complementarias que dependen del ingreso (Titelman, Uthoff y Jiménez, 2000).

En todo caso, se considera, que la solidaridad debe leerse desde el derecho a la salud de las personas, pero no entendiéndolo como el derecho a la atención a la enfermedad y, eventualmente, como el cuidado del bienestar físico y mental de las personas, por el contrario debe articularse a una concepción de derecho a la salud que forma parte del derecho a la vida, comprendida esta en toda la dimensión de la existencia humana dentro de un espacio que va más allá de lo individual: la persona en su entorno familiar, comunitario, como parte de la naturaleza y el universo. Lo anterior se resalta porque aunque las reformas de salud han tenido objetivos sociales como extender la cobertura y mejorar la equidad y la calidad de la atención, con igual o mayor peso, han perseguido múltiples fines económicos, como el mantenimiento del equilibrio financiero de los sistemas de salud y la estabilidad fiscal frente al costo creciente de la atención sanitaria (Mesa-Lago, 2005), razón por la cual, entre los grandes desafíos del sistema de seguridad social en salud es el de analizar el hecho de que la viabilidad y estabilidad financiera que exige el sistema de seguridad social en salud dependen, en buen grado, del modelo de desarrollo que asume el país y que el sistema presupone un mejoramiento significativo y continuo de las condiciones de trabajo y de vida de la población colombiana.

Referencias

- Ahumada, C. (1998). Política Social y reforma de salud en Colombia. *Papel Político*. No 7 (9-35). Universidad Javeriana. Bogotá.
- Almanza, J. M. (1977). *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos.
- Arenas, G. (2008). *El derecho colombiano de la seguridad social*, Legijs. Bogotá.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Finalidad Social del Estado y la Seguridad Social. *Gaceta Constitucional* No. 78.
- Beveridge, Sir W. (1946), *El seguro social y sus servicios conexos*. México: Editorial Jus (primera edición en español autorizada por el gobierno inglés de la versión original *Social Insurance and Allied Services*: Londres, 1942).
- Cañon, L. (2007). *Una visión integral de la seguridad social*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, volumen 1, 2ª edición.
- CEPAL. (2011). *Las reformas de Salud y la modificación de los principios de la seguridad social*. Obtenido de CEPAL: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/24058/LCW63_ReformasSalud_ALC_Cap2.pdf
- Durkheim, E. (1987). *La división del trabajo social*. Editorial Akal Madrid.
- Etala, Carlos Alberto (2002). *Derecho de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Fajardo, Martin (1975). *Derecho de la Seguridad Social*, Lima, Talleres Gráficos P.L. Villanueva.
- Gañan, J. L. (2013) "Los muertos de la Ley 100 prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia". Medellín: Publicaciones Universidad de Antioquia
- Giovanella, L., Feo, O., Tobar, S., & Faria, M. (2012). *Sistemas de salud en América Latina: desafíos para la universalidad, la integralidad y la equidad* Instituto Suramericano de Gobierno en Salud. Rio de Janeiro.
- González, E. M. (2011). "Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento". *Discusiones Filosóficas*. Año 12 N° 18, enero – junio, 2011. pp. 125 – 143. Medellín: Publicaciones Universidad de Antioquia.

Mesa-Lago, C. (2005). Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la seguridad social: CEPAL, Estudios e Informes No 63. Naciones Unidas.

Morales L. (1997). El financiamiento del sistema de seguridad social en salud en Colombia. Santiago de Chile: CEPAL, Naciones Unidas; 1997. (Serie Financiamiento del Desarrollo, No. 55).

Sojo, A. (2011), "Reformas de gestión en salud en América Latina", Revista de la CEPAL No74, agosto, pp. 139-157.

Titelman, D., Uthoff, A. y Jiménez L. F. (2000). "Hacia una nueva seguridad social en el siglo XXI: sin solidaridad en el financiamiento no habrá universalidad", Revista Panamericana de Salud Pública Vol. 8 No 1, pp. 112-117.

Fuentes normativas

República de Colombia. Congreso de Colombia. Ley 1438 de 2011. "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones."

República de Colombia. Congreso de Colombia. Ley 100 de 1993. "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."

República de Colombia. Congreso de Colombia. Ley 1122 de 2007. "por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones."

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-089 de 2002. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-453 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1291 de 2005. Magistrado Ponente: Clara

Inés Vargas Hernández.

República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-111 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-730 de 2010. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1048 de 2003. Bogotá. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-557 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2009. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-979 de 2012. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-730 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-020 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva



República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-483 de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-329 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-434 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

República de Colombia. Corte Constitucional. Senten-

cia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-281 de 2006. Magistrado Ponente:

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1165 de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-350 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.



UNIVERSIDAD CES

Un Compromiso con la Excelencia

Resolución del Ministerio de Educación Nacional No. 1971 del 25 de marzo de 2009