

CONCEPTO 41264 DE 2017

(agosto 14)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C.

Para: Augusto García Tamayo-Coordinador Centro de Automatización Industrial-Regional Caldas-SENA agarciatamayo@misena.edu.co
(Remisión SINDESENA)

De: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Asunto: Cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSS afiliados como beneficiarios al Sistema Médico Asistencial del SENA.

En atención a su comunicación remitida con el radicado 8-2017-037887 (8-2016-067896 fecha 28 de diciembre de 2016), a través del cual se planteó el problema jurídico en cuanto a los beneficiarios del Servicio Médico Asistencial-SMA del SENA, que se afilian en calidad de cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS; me permito manifestarle lo siguiente:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

- A la Regional Caldas del SENA llegó desde la Coordinación del SMA, la directriz de desafiliar a 11 beneficiarios por presentar cotizaciones al servicio de salud. Valga decir que los 11 mencionados, cotizan por estar recibiendo pensiones, más no por ser trabajadores.

- Lo más delicado del asunto, es que algunos de estos pacientes llevan un tratamiento de largo tiempo y son de avanzada edad, el cual no puede ser alterado abruptamente por una decisión administrativa.

- Retomar un proceso de estos ante una EPS conlleva gran tiempo y pondría en grave dificultad médica a los beneficiarios afectados.

- Entiendo que ese tema aún está en discusión entre SINDESENA y la Administración, y no entendemos por qué razón están impartiendo directrices de aplicación inmediata.

- Quedamos pendientes para consultar este tema en las instancias que se requieran.

- Se deja constancia que las reflexiones respecto al asunto se abordan de manera general y corresponden a la información suministrada.

b) ANÁLISIS

- SISTEMA MÉDICO ASISTENCIAL-SMA DEL SENA

El Servicio Médico Asistencial del SENA, fue creado por el Decreto [907](#) de 1975, norma que dispuso en su artículo [30](#), que fue modificado por el artículo [35](#) del Decreto 594 de 1977, lo siguiente:

ARTÍCULO 30. Seguridad social para la familia del empleado. <Artículo modificado por el artículo [35](#) del Decreto 594 de 1977. El nuevo texto es el siguiente>

El Sena asumirá directamente o contratando con una o varias entidades públicas o privadas, especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados que se detallan en el presente Artículo y comprenderá los servicios que se enumeran a continuación, así:

1. Hospitalización.
 - a. Habitación hospitalaria.
 - b. Otros servicios hospitalarios.
2. Honorarios:
 - a. Por cirugía.
 - b. Por tratamientos no quirúrgicos.
3. Consultas Presidente de la República y post hospitalarias.
4. Pequeña cirugía.
5. Exámenes de diagnóstico.

Las modalidades del servicio dependerán de la reglamentación de la entidad que lo preste. En caso de que el Sena asuma directamente la prestación del servicio, el Consejo Directivo Nacional lo reglamentará mediante acuerdo.

El servicio deberá cubrir los siguientes parientes del empleado que dependan exclusiva y económicamente de él:

Para el empleado casado, los padres, cónyuge e hijos que estén estudiando o tengan incapacidad física o mental que los imposibilite.

Para el empleado soltero, los padres y hermanos que estén estudiando; así mismo, los hermanos que tengan incapacidad física o mental que los imposibilite.

Para recibir esta prestación, los hijos del empleado, casado y hermanos del empleado soltero, no podrán tener una edad superior a los veintiún (21) años.

PARAGRAFO 4. El SENA pagará a la entidad que preste este servicio una suma que no podrá exceder la cantidad de un mil pesos (\$1.000.00) moneda corriente, anuales a partir de la vigencia de 1975, por cada uno de los cargos aprobados en la planta de personal vigente, como parte del contrato que garantizará la prestación de este servicio.

El SENA incrementará anualmente esta cantidad como mínimo en un diez por ciento (10%) y como máximo en un quince por ciento (15%), con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio en los siguientes años.

Si el SENA asume directamente el servicio, su aporte tendrá como límite el valor establecido en el presente Decreto.

PARAGRAFO 5. Los empleados del SENA deberán cumplir la reglamentación que para tal efecto establezca el SENA y presentar los documentos y certificados que exija la entidad responsable de prestar el servicio.

En el caso de que el empleado no se acoja a lo establecido en el presente Decreto y a su reglamentación, perderá todo derecho a reclamación posterior por este concepto.

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad quedarán exentos de cotizaciones al ICSS para cubrir riesgos similares. Esta prestación sustituye las siguientes prestaciones consagradas en el Decreto-Ley No. 299 de 1974, primas de nacimiento (artículo 26), de educación (artículo 27), de enfermedad (artículo 31), auxilio de anteojos (artículo 32), y prima de matrimonio únicamente en lo relacionado con el pago de quinientos pesos (\$500.00) moneda corriente. (Subraya fuera texto)

- A su turno el artículo [35](#) del Decreto 1014 de 1978, dispuso:

ARTÍCULO 35. <Artículo modificado por el artículo [16](#) del Decreto 415 de 1979. El nuevo texto es el siguiente:> El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el párrafo siguiente.

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengarán durante la incapacidad y proporcionalmente a ésta, una suma equivalente al sueldo asignado al cargo. Entiéndese en este caso que el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asistencial o de previsión.

El SENA asumirá directamente o contratará con una o varias entidades públicas o privadas especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados de la entidad.

Las modalidades y cuantías de este servicio se establecerán por Acuerdo del Consejo Directivo Nacional, así como los aportes del SENA para cada uno de sus empleados.

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad quedarán exentos de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares.

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental del empleado.

El Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentará las normas internas sobre este

aspecto.

-El artículo anterior fue modificado por el artículo [16](#) del Decreto 415 de 1979, que reza:

ARTÍCULO 16. El artículo [35](#) del Decreto 1014 de 1978, quedará modificado así:

El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos empleados tendrán derecho, únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el párrafo siguiente.

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengarán durante la incapacidad y propiciamente a ésta, una suma equivalente al sueldo asignado al cargo.

Entiéndese en este caso que el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asistencial o de previsión.

El SENA asumirá directamente o contratará con una o varias entidades públicas o privadas especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados de la entidad.

Las modalidades y cuantías de este servicio se establecerán por Acuerdo del Consejo Directivo Nacional, así como los aportes del SENA para cada uno de sus empleados.

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad quedarán exentos; de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares.

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental del empleado.

El Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentará las normas internas sobre este aspecto.

En este contexto fue creado el Servicio Médico Asistencial del SENA, el cual aún hoy subsiste frente a quienes se encuentran afiliados al mismo. No sin advertir que el Acuerdo [7](#) del 28 de mayo de 2009, “por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Médico Asistencial del SENA”, dispuso:

ARTÍCULO 10. A partir del 1o de junio de 2009 no habrá nuevas afiliaciones al Servicio Médico Asistencial del SENA, de beneficiarios de personas que se vinculen a la entidad como empleados públicos [11](#) desde esa fecha.

Los beneficiarios de las personas que se vinculen al SENA como empleados públicos a partir de la fecha indicada en el inciso anterior, deberán afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la forma y las condiciones establecidas por la ley [100](#) de 1993 y las demás normas que la modifiquen, complementen y reglamenten, y los servicios médicos serán prestados por las entidades que integran ese sistema. (Subraya fuera de texto)

Se advirtió en el anterior acuerdo, específicamente en los considerandos, como la Ley [100](#) de 1993 y sus normas complementarias y reglamentarias, establecieron el Sistema General de

Seguridad Social en Salud, así el artículo [4o](#) de la Ley 100 dispuso que “la Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley”.

Así mismo el artículo [157](#) de la ley 100 de 1993 estableció como “a partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo...”; conforme a esta norma, los servidores públicos del SENA son afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, que les da derecho a acceder al plan de salud para ellos y sus beneficiarios. Igualmente, señala el artículo en comento que “a partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud”. En concordancia con lo anterior, en virtud del artículo [160](#) de la Ley 100 de 1993, es un deber de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En este orden de ideas, tenemos que se toma la decisión de dar fin al ingreso de afiliados al SMA por cuanto la Ley [100](#) de 1993 estableció el SGSSS la inclusión de los beneficiarios o miembros del grupo familiar del afiliado empleado público, trabajador oficial o pensionado del SENA.

-BENEFICIARIOS DEL SERVICIO

El Acuerdo 30 de 1988 en sus artículos [1](#) y [2](#), modificó los artículos [24](#) y [25](#) del Acuerdo 24 de 1978, y se incluyeron como favorecidos del servicio médico a los beneficiarios del empleado público, del trabajador oficial y del pensionado (casado o soltero), todos del SENA.

No hay discusión respecto a que el Acuerdo que es expedido por el Consejo Directivo, en su calidad de máximo órgano en la estructura del SENA competente por ley para reglamentar dicho servicio de salud, va dirigido a la Entidad, específicamente a los beneficiarios de sus empleados públicos, de sus trabajadores oficiales y de sus pensionados (casados o solteros).

Conforme con el Acuerdo 30 en sus artículos 1 y 2, los cuales modificaron los artículos [24](#) y [25](#) del Acuerdo 24 de 1978, se incluyen como beneficiarios del Servicio Médico Asistencial:

a. Del empleado público, trabajador oficial y pensionado casado. (Todos del SENA)

1. El cónyuge o el compañero o la compañera permanente.
2. Los hijos legítimos y extramatrimoniales legalmente reconocidos que sean solteros, hasta la fecha en que cumplan la edad de 23 años.
3. Los hijos adoptivos y entenados solteros, hasta la fecha en que cumplan la edad de 22 años.
4. Los padres.

PARAGRAFO 1o. Entiéndese por cónyuge, la persona que vive permanentemente con el empleado (**del SENA**), con quien ha contraído matrimonio civil o eclesiástico. Por compañero o compañera permanente, entiéndese a la persona que vive en unión libre con el empleado casado. En todo caso el servicio sólo cubrirá a un beneficiario por empleado, trabajador o pensionado.

Todos los hijos de éstos tienen derecho a ser beneficiarios, aun cuando sean fruto de diferentes uniones.

b. Del empleado público, trabajador oficial y pensionado soltero. (Todos del SENA)

1. Los padres.
2. Los hermanos solteros hasta la fecha en que cumplan la edad de 21 años.
3. Los hijos adoptivos solteros, hasta la fecha en que cumplan la edad de 25 años.

PARAGRAFO 2o. El empleado público, trabajador oficial y pensionado soltero tiene la posibilidad de afiliarse al servicio a cambio de los hermanos solteros señalados en el literal B de este artículo, a su compañero o compañera permanente y a sus hijos solteros reconocidos legalmente, hasta la fecha en que cumplan la edad de 23 años.

PARAGRAFO 3o. No se consideran beneficiarios del servicio Médico Asistencial los familiares de quienes prestan servicios por contrato de prestación de servicios a la Entidad. (Subraya fuera de texto al igual que comentarios en paréntesis)

En este estado de cosas, el argumento que pretende que los beneficiarios de “todos los pensionados”, entiéndase del SENA y de otras entidades administradoras como es el caso de COLPENSIONES, y entiéndase también de todo tipo de pensiones, sean favorecidos del Servicio Médico Asistencial-SMA; tiene como fundamento lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 4ª de 1976, así se interpreta que por el hecho de tener el carácter de pensionados del sector público, se tiene acceso a los servicios médicos establecidos por las Entidades, en este caso por el SENA, si así lo disponen.

En una interpretación armónica de esta norma con las disposiciones que reglan el Servicio Médico Asistencial-SMA del SENA, se correría el riesgo de concluir que la norma no consagra como requisito para beneficiarse del sistema, que se trate de personas beneficiarias de quienes mantienen algún tipo de vínculo con el SENA, ya sea en calidad de empleados públicos, de trabajadores oficiales o de pensionados (en el entendido que el SENA tenía la facultad para reconocer directamente pensionales a sus servidores entre tanto COLPENSIONES reconocía y asumía la prestación económica), creando un gran grupo de cobertura de beneficiarios, asimilando el servicio al que prestan la Entidades Promotoras de Servicios- EPS a través de las Entidades Prestadoras de Servicios- IPS.

No obstante, tal interpretación, desconoce que el precitado artículo 7 de la Ley 4ª de 1976^[1], fue subrogado por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, salvo para los regímenes de excepción contenidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 precitada, excepciones del cubrimiento y aplicación de la ley que no hace referencia al establecimiento público SENA.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante el Concepto No. 659 del 9 de diciembre 1994, Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo, con ocasión de una consulta elevada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, respecto a la vigencia del artículo 7 de la Ley 4ª en comento, concluyó:

[...]Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1º) El artículo 7 de la Ley 4 de 1976, sobre la cobertura familiar, fue subrogado por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al régimen que contempla.

2º) Sin embargo, para los regímenes de excepción, determinados por el artículo 279 de la misma Ley, en los cuales la cobertura familiar ha estado regulada por el artículo 7 de la Ley 4 de 1976,

subsiste esta disposición. (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, para llegar a la conclusión precitada, expuso el Consejo de Estado lo siguiente:

(...)

1º) El artículo [1](#) de la Ley 100 de 1993 instituye el "sistema de seguridad social integral" con el objeto de "garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan". El sistema, en consecuencia, se propone cubrir "las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios", y al efecto constituye un "conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos", conformado "por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales" regulado por la misma Ley (artículos [7](#) y [8](#) de la Ley 100 de 1993).

2º) En este orden de ideas, la Ley [100](#) de 1993, con el objeto de establecer un "sistema de seguridad social integral", en los libros 1, 2 y 3 regula, respectivamente, el sistema general de pensiones, el de salud y el de riesgos profesionales.

3º) El artículo [152](#), inciso 2º, de la Ley 100 de 1993 dispone que "los objetivos del sistema general de seguridad social en salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención", con las excepciones, prescritas por la misma Ley, que se rigen "por las disposiciones legales vigentes" y por las Leyes 9 y 10 de 1990 y 60 de 1993 (artículos [152](#) y [279](#) de la Ley 100 de 1993).

4º) El sistema general de seguridad social en salud se rige, entre otros, por los principios de obligatoriedad y libre escogencia. EL primero hace obligatoria la afiliación "para todos los habitantes de Colombia" y, por ende, "corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema" y al Estado facilitarla "a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago". El segundo "asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios" (artículo [153](#), numerales 2 y 4). De manera que, a diferencia del régimen anterior, la Ley 100 de 1993 -con las salvedades que prescribe- hace obligatoria la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, pero deja al usuario en libertad de escoger, sí ello fuere posible. "entre las entidades promotoras de salud y las instituciones" encargadas de prestar ese servicio.

5º) En este mismo orden de ideas, el Estado debe intervenir entre otras finalidades, para "asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social en salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia" (artículo [153](#), literal b), de la Ley 100 de 1993).

6º) La afiliación -que confiere derecho al "plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud", de conformidad con los artículos [159](#) y [169](#) de la Ley 100 de 1993- puede ser contributiva o subsidiada; la primera corresponde a "las personas vinculadas a través de contrato de trabajo", a "los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago" y la segunda a "las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización" (artículo [157](#), literal A), numerales 1 y 2, de la Ley 100 de 1993).

La afiliación también puede ser individual o colectiva, mediante empresas, agremiaciones o por asentamientos geográficos, según el reglamento. Pero "el carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre entidades promotoras de salud" (artículo [157](#), parágrafo 2, de la Ley 100 de 1993).

7º) Además, según el artículo [163](#) de la Ley 100 de 1993, "el plan de salud obligatorio tendrá cobertura familiar". Esto significa que, para los efectos indicados, además del afiliado, existen otros beneficiarios determinados por la Ley, a saber: "el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges que hagan parte del núcleo familiar y dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan exclusivamente del afiliado".

La misma disposición agrega que, "a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste". De manera que la ampliación de la cobertura familiar depende, en este caso, de las condiciones indicadas.

El parágrafo 1 del artículo [163](#) de la Ley 100 de 1993 agrega que el reglamento que expida el gobierno debe determinar la forma de incluir en la cobertura familiar a los hijos con incapacidad permanente y el parágrafo 2 que "todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la entidad promotora de salud a la cual esté afiliada su madre" y que "el sistema general de solidaridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud la unidad de pago por capacitación correspondiente, de conformidad con lo provisto en el artículo [161](#) de la presente Ley".

Como el artículo [163](#) de la Ley 100 de 1993 regula en diferente forma la "cobertura familiar" del "plan obligatorio de salud", claramente subrogó el artículo [7](#) de la Ley 4 de 1976, en cuanto al régimen que contempla.

Sin embargo, para los regímenes de excepción, determinados por el artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993, como el relativo a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, en los cuales la cobertura familiar ha estado regulada por el artículo [7](#) de la Ley 4a. de 1976, subsiste esta disposición. (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, tenemos que la Ley [100](#) de 1993, incluyó en el Plan Obligatorio de Salud-POS, servicios de cobertura al grupo familiar del afiliado obligatorio al Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS, dentro del cual se encuentran los pensionados, trabajadores oficiales y empleados públicos del SENA. Lo anterior en concordancia, con lo dispuesto en el artículo [279](#) de la multicitada Ley 100 de 1993, según el cual el SENA no se encuentra dentro de los regímenes exceptuados. En consecuencia, el artículo [7](#) de la Ley 4 de 1976, fue subrogado por la Ley [100](#) de 1993 en los términos precitados, sin que pueda ser fundamento para la prestación de servicios médico asistenciales por parte de la Entidad para los beneficiarios de sus servidores o de sus pensionados.

En este contexto, encontramos pertinente analizar las siguientes hipótesis:

- a) Que el beneficiario esté afiliado al SMA y al SGSSS.
- b) Que el beneficiario esté afiliado al SGSSS, ya no como beneficiario sino como cotizante.

En este orden de ideas, inicialmente, aquellos servidores públicos o pensionados que quieran afiliarse al Servicio Médico Asistencial-SMA de la Entidad a alguno de los miembros de su grupo familiar que se encontraran afiliados a una Entidad Promotora de Salud -EPS, no lo podían hacer, en consideración a los requisitos establecidos para la afiliación a dicho sistema de salud tanto en la Resolución [312](#) de 1987 como en el citado Acuerdo [30](#) de 1988, este que precisa en su artículo [2](#) que no tienen derecho al amparo del Servicio Médico Asistencial-SMA del SENA quienes estén protegidos por alguna modalidad o sistema de tipo asistencial o de seguridad social; por ende, en virtud de esa norma, si se evidencia que el beneficiario está afiliado a otro servicio de salud, no tendría derecho al amparo que otorgan las normas del servicio médico el SENA.

Lo anterior implicó, que para estar afiliados los beneficiarios de empleados públicos, trabajadores oficiales y pensionados todos del SENA, al sistema médico que ofrece la Entidad, no podían estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS consagrado en la Ley [100](#) de 1993. En este escenario, el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia de Salud, analizaron la situación particular del servicio médico de la Entidad frente a la afiliación al precitado SGSSS, de lo cual en el Concepto radicado 8-2012-00400058 de la Dirección Jurídica, se resaltó lo siguiente:

[...] En este orden de ideas, el Servicio Médico Asistencial del SENA, creado por el Decreto [907](#) de 1975, puede constituirse para los trabajadores del SENA y su grupo familiar, en un servicio de salud adicional a los servicios del Plan Obligatorio - POS del Régimen Contributivo, para los afiliados cotizantes y sus grupos familiares al que legalmente deben estar afiliados los servidores del SENA. En CONCEPTO de esta Oficina, desde el punto de vista de las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social en Salud, no existe impedimento para que los beneficiarios del trabajador cotizante, puedan estando afiliados a la EPS, disfrutar o hacer uso de los servicios de salud que ofrece el Servicio Médico Asistencial del SENA como un plan adicional de salud, debiendo aclarar que en ningún caso, para su prestación podrá condicionarse o exigirse como requisito la desafiliación de los beneficiarios a las Entidades Promotoras de Salud, lo cual es contrario y atentatorio de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Ministerio de la Protección Social, Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo, Radicación 79704) (Negrilla y subraya fuera de texto).

En este sentido, tenemos entonces, que no puede exigirse al empleado público, al trabajador oficial y al pensionado todos del SENA, para afiliarse a sus beneficiarios al servicio médico que presta la Entidad, no estar afiliado o desafiliarlos del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud que consagra la Ley [100](#), en otras palabras, no puede exigirse no afiliarlos o desafiliarlos de las Entidades Promotoras de Salud-EPS que ofrecen al grupo familiar los beneficios del Plan Obligatorio de Salud-POS. De Igualmente, advirtió la Superintendencia Nacional de Salud:

[...] En relación con el servicio asistencial del SENA se ha sostenido que su naturaleza corresponde a servicios adicionales al POS, por consiguiente, la existencia del mismo no se opone al esquema instituido por la Ley [100](#) de 1993 y, en consecuencia, su prestación no impone a los cobijados a dicho régimen tener que renunciar al sistema instituido por la Ley [100](#) de 1993, pues el uno no resulta incompatible con el otro. Así, entonces, resulta inaplicable cualquier reglamentación que contravenga normas de carácter superior” (Superintendencia Nacional de Salud, Rad. 8022-1- 0311859 del 14 de agosto de 2009). (Negrilla y subraya fuera de texto).

Es así como, se ha establecido que el Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS no

es incompatible con el Sistema Médico Asistencial-SMA del SENA, siendo posible entender este último como un servicio adicional o complementario del ofrecido a través del primero. Por lo anterior, se consideró y recomendó a través del precitado Concepto radicado 8-2012-00400058 de la Dirección Jurídica desde el año 2012, la procedencia de modificar o derogar el artículo [2](#) del Acuerdo 30 de 1988, reglamentando en su lugar una norma contentiva de las condiciones en que se prestarán los servicios del Sistema Médico Asistencial-SMA del SENA, frente a los que brinda el Plan Obligatorio de Salud-POS en el SGSSS.

Se establecía entonces, como “(...) en el evento en que el servidor público o pensionado (ambos del SENA) tenga a su grupo familiar en la Entidad Promotora de Salud, EPS, no tendrán el derecho a recibir la prestación del Servicio Médico Asistencial por parte del SENA, toda vez que este servicio es un beneficio que tienen los servidores públicos y por expresa prohibición contenida en el artículo [2](#) del Acuerdo 30 de 1988 no tiene derecho al amparo sus familiares cuando estén protegidos por alguna modalidad o sistema de tipo asistencia o de seguridad social”; las únicas dos excepciones que contempla la norma mencionada a esa medida están expresamente consignadas en los párrafos 1 y 2 del mismo artículo [2o](#) del Acuerdo 30 de 1998, así:

[...] PARAGRAFO 1o. Se exceptúan de lo establecido en este artículo, los niños menores de un año (364 días), aun cuando estén protegidos por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier otra entidad asistencial.

PARAGRAFO 2o. De la misma manera se exceptúan los hijos mayores de 23 años y los hermanos mayores de 21 años cuando presenten incapacidad física o mental.

En consecuencia, cualquier decisión en contrario, requería la previa modificación o la derogatoria del mencionado artículo [2](#) del Acuerdo 30 de 1988.

En tal virtud, también se recomendó la posibilidad de acudir a lo dispuesto en el artículo [30](#) del Acuerdo 24 de 1978, “por el cual se reglamenta y actualiza la Seguridad Social para las familias de los empleados públicos, pensionados y trabajadores oficiales y se deroga el Acuerdo [13](#) del 28 de abril de 1977”, que es norma especial y preferente para estos casos, el cual dispuso que la Junta Administradora Nacional tenía la facultad de estudiar y decidir sobre situaciones no contempladas en el cubrimiento del servicio y sobre aquellas que estando amparadas requieran un tratamiento especial.

En este orden de ideas, a través de la Circular No. [348](#) del 2012, además de retomar lo dicho en cuento a la compatibilidad de los sistemas de salud precitados, se determinó que la Junta Administradora Nacional, estableció un periodo de protección a los beneficiarios de los ex servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) del SENA, contados a partir de su desvinculación:

- 30 días más contados a partir de la fecha de desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado al SMA como mínimo los 12 meses anteriores a la fecha de su retiro.

- 3 meses cuando el usuario lleve 5 años o más de afiliación continua al Servicio Médico Asistencial.

- Los casos ya reglamentados por el Acuerdo [30](#) de 1988 como en caso de fallecimiento del servidor público o pensionado continúan rigiéndose por esas normas.

- En el caso de tratamientos de Ortodoncia Correctiva estos tratamientos se continuarán prestando hasta su terminación.

De lo anterior, se puede concluir en primer lugar y sin lugar a dudas que el requisito sine quom para ser beneficiarios de los servicios médico asistenciales que ofrece el SENA, es mantener el vínculo el trabajador oficial y el empleado público de la Entidad o el pensionado también de la Entidad. Además, se concluye que el SGSSS y el SMA no son incompatibles, pudiendo este prestarse como paquete o plan adicional o complementario del primero, lo cual da la viabilidad de encontrarse afiliado a ambos sistemas: SMA y SGSSS. Sea del caso mencionar que dichos periodos de protección adicional a que culmine el vínculo, permiten que los beneficiarios que se desafilian del SMA no queden desamparados entre tanto se ubican en otro sistema de protección.

- SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-SGSSS

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) tiene como objetivo regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso para toda la población residente del país, en todos los niveles de atención. Ahora bien, se entiende por cotizante al afiliado a este sistema a toda persona que tiene un vínculo laboral, así forman parte de estos afiliados obligatorios los servidores públicos; también los pensionados, los jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. También se entiende como cotizantes a las madres comunitarias y los aprendices en etapa lectiva y productiva.

Igualmente este Sistema General está integrado por: el Estado, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, quien actúa como organismo de coordinación, dirección y control; las Entidades Promotoras de Salud (EPS), responsables de la afiliación y el recaudo de las cotizaciones y de garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Ministerio de Salud y Protección Social Aseguramiento al Sistema General de Seguridad Social en Salud 12 Salud a los afiliados; y las instituciones prestadores de salud (IPS), que son los hospitales, clínicas y laboratorios, entre otros, encargadas de prestar la atención a los usuarios. También hacen parte del SGSSS las Entidades Territoriales y la Superintendencia Nacional de Salud. Es preciso reiterar como el SENA no se encuentra constituido como una de las entidades que integran el sistema.

Se encuentran dos regímenes para acceder al SGSSS, a saber el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado. Las Entidades Territoriales tienen el deber de garantizar la atención de la población pobre no asegurada, con cargo a los recursos que recibe por transferencias del Sistema General de Participaciones –SGP– para atención de servicios en lo cubierto por subsidio a la oferta.

Al Régimen Contributivo deben afiliarse todas las personas precitadas e identificadas como cotizantes. Estas personas deben hacer un aporte mensual (cotización) a una Entidad Promotora de Salud, para se les garantice la atención en salud a través de las prestadoras de servicios de salud-IPS. Son beneficiarios de los afiliados al régimen contributivo:

- El o la cónyuge, compañero o compañera permanente del afiliado, independientemente de que sean del mismo sexo;
- Los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges que hagan parte del núcleo familiar y que dependan económicamente del afiliado
- Los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25

años, que sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado.

- A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar puede extenderse a los padres del afiliado que no sean pensionados y que dependan económicamente de este.

- Pueden incluirse otras personas, siempre y cuando dependan económicamente del afiliado, tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos, bisabuelos, biznietos, tíos y sobrinos) o sean menores de 12 años si no son consanguíneos. En este evento, debe pagarse por cada beneficiario un aporte adicional Unidad de Pago por Capitación-UPC de acuerdo con la edad, sexto y lugar de residencia del beneficiario.

Las personas afiliadas al Régimen Contributivo deben realizar pagos correspondientes a los aportes obligatorios al Sistema (Salud, Pensión y Riesgos Laborales), las cuotas moderadoras [2] al requerir el servicio médico asistencias y los copagos[3]. De otra parte, todas las personas que se encuentren afiliadas como cotizantes al Régimen Contributivo tienen que realizar aportes tanto a salud como a pensión, salvo las excepciones de Ley. Igualmente, por disposición legal no están obligados a cotizar a pensión las personas que ya se encuentran pensionadas; las personas que tienen una edad de 50 años o más si es mujer, o 55 años o más si es hombre y nunca han cotizado al sistema de pensiones; el cotizante con requisitos cumplidos para pensión; el cotizante a quien se le ha reconocido indemnización sustitutiva o devolución de saldos; y el cotizante perteneciente a un régimen exceptuado de pensiones o a entidades autorizadas para recibir aportes exclusivamente de un grupo de sus propios trabajadores.

Por regla general, en cuanto se refiere a la afiliación de los beneficiarios de los afiliados o cotizantes al Régimen Contributivo en Seguridad Social en Salud, no se puede incluir como afiliados adicionales a personas que tengan capacidad de pago o aquellas que se encuentren afiliados al Régimen Subsidiado o a un Régimen de Excepción, salvo que demuestren su desafiliación a dicho Sistema. Lo anterior obedece a la lógica según la cual los beneficiarios deben acreditar dependencia económica del afiliado, así si son cotizantes del sistema es porque tienen un vínculo laboral (público o privado) y reciben un ingreso o contraprestación, los pensionados quienes reciben su mesada, y los trabajadores independientes con capacidad de pago quienes también acreditan ingresos derivados de su actividad.

En este orden de ideas, en el SMA del SENA, la concepción del beneficiario corresponde a la definida en el SGSSS, así si el beneficiario tiene capacidad económica y es afiliado cotizante de este sistema, rompe el nexo de dependencia económica con el trabajador oficial, empleado público y pensionado del SENA, razón por la cual no puede ser afiliado como beneficiario del SMA. Igualmente, tampoco podría ser beneficiario en el SGSSS en ninguna de sus modalidades, por cuanto también se rompe el requisito legal de dependencia económica consagrado en el sistema.

El Acuerdo [30](#) de 1988 precitado, dispuso frente al tema de la dependencia económica de los favorecidos con el SMA:

ARTICULO 30. El artículo vigésimo sexto <26> del mismo Acuerdo [24](#) de 1978^[4] quedará así: "La dependencia económica se prueba mediante declaración bajo la gravedad de juramento rendida ante autoridad judicial competente por parte del empleado público, trabajador oficial o pensionado. La falsedad de esta declaración dará lugar a la iniciación de las acciones disciplinarias y penales correspondientes, por parte de la entidad.

PARAGRAFO 1o. Los cónyuges y los padres son beneficiarios del Servicio Médico Asistencial cuando no desempeñen ningún tipo de actividad productiva o trabajo en forma independiente o dependiente, que les dé derecho a afiliación a alguna entidad de seguridad social, aún en el caso de que posean un patrimonio y renta que según la ley no deban declarar para efecto del impuesto correspondiente.

- DERECHOS FUNDAMENTALES EN SALUD

El derecho a la salud está consagrado como un servicio público en el artículo 49 de la Constitución Política; posteriormente fue consagrado y protegido como un derecho, el cual inicialmente era protegido a través de la acción de tutela por ser conexo con el derecho a la vida (T-597 de 1993). La Corte Constitucional en reiterados fallos trató el derecho a la salud como un derecho fundamental, tesis acogida por la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, que dispuso:

Artículo 1o. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, reglarlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2o. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. (Subraya fuera de texto)

La salud como derecho fundamental y servicio, es entendida como la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación y los cuidados paliativos, debiendo ser garantizada bajo la supervisión del Estado para todas las personas sin ninguna discriminación.

En este orden de ideas, la precitada ley estatutaria continúa reglando con el fin de que se mejore el acceso a los servicios de salud, se eliminen las autorizaciones para las atenciones de urgencias, se fortalezca el control de precios a los medicamentos y su avance sea más rápido en la incorporación de nuevas tecnologías. Igualmente contempla elementos para evaluar el ejercicio efectivo de los derechos, como la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad. (Artículos 5 y 6). En el mismo sentido, señala la norma que los ciudadanos tenemos deberes consigo mismo y con el sistema de salud, promoviendo que cada persona se autocuide con la adopción de hábitos saludables de vida, consulte a tiempo para evitar complicaciones, ponga en práctica las recomendaciones médicas y evite cometer abusos contra el sistema. (Artículo 10). De otro lado, prohíbe el llamado “paseo de la muerte”, o la restricción del servicio de salud cuando se trate de atención de urgencia. (Artículo 14)

Es pertinente señalar, como en el artículo 11 de la ley encita, se establece unos sujetos de especial protección, como lo son los niños, las mujeres en estado de embarazo, los desplazados, las víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad. El derecho fundamental a la salud es un nuevo derecho que garantiza la dignidad humana y la igualdad de los usuarios de

los sistemas que prestan servicio médico asistencial a usuarios.

En consecuencia, es preciso advertir que efectivamente al afiliado cotizante o beneficiario debe garantizarse la atención médico asistencial, ya sea en circunstancias normales como en el caso de los sujetos de especial protección o de casos de impacto que demandan tratamientos especiales y de alto costo.

En principio, se advierten varios aspectos, que pueden garantizar el amparo en salud a quienes se desafilian del SMA, así se observa:

- Periodos de protección a los beneficiarios de los ex servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) del SENA, contados a partir de su desvinculación. Los casos ya reglamentados por el Acuerdo [30](#) de 1988 como en caso de fallecimiento del servidor público o pensionado continúan rigiéndose por esas normas.
- Se advirtió con la Circular No. [348](#) del 2012, como el SMA y el SGSSS no eran incompatibles, dando la posibilidad que los favorecidos con el primero, también tuvieran acceso al segundo pero en calidad de beneficiarios de los servicios. Al respecto se indicó que los servicios del SMA eran adicionales a los ofrecidos en virtud de lo dispuesto en la Ley [100](#) de 1993.
- Si se encuentran cotizantes en el SGSSS, tienen capacidad económica y no tienen la calidad de beneficiarios para ser favorecidos por el SMA ni tampoco por el SGSSS. De otra parte, el SGSSS no aplica preexistencias y tampoco puede negarse a la afiliación de un ciudadano, por lo tanto este sistema debe asumir la prestación del servicio de salud.

En caso de existir vulneración a los derechos fundamentales, específicamente al derecho fundamental a la salud, es viable utilizar el mecanismo consagrado en la Constitución Política la acción de tutela para alegar dicha protección.

Continuar con la asunción de costos de tratamientos de beneficiarios que son cotizantes en otros sistemas de protección a la salud, en otras palabras, correr con costos de tratamientos de terceros que no ostentan tal calidad de beneficiarios, involucra conjuntamente con la situación actual del SMA del SENA, una posible responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria. Lo anterior sin entrar a analizar la situación de los recursos que ya hayan podido invertirse mientras se mantuvo afiliado a quien no ostentaba la calidad de beneficiario al servicio médico.

c) CONCLUSIONES

- Los afiliados cotizantes al SGSSS deben acreditar que cuentan con capacidad económica para ser aportantes al sistema, razón por la cual desaparece la dependencia económica de un tercero, situación que no permite se encuentren afiliados como beneficiarios al mismo sistema pues es imposible ostentar al mismo tiempo la doble calidad (de cotizante y beneficiario).
- El SMA del SENA, también permite afiliar beneficiarios de sus servidores públicos (empleado público y trabajador oficial) y pensionados, soportada adicionalmente con la acreditación del requisito de dependencia económica de aquellos; en consecuencia, si se encuentran afiliados en calidad de cotizantes al mismo sistema o a otro, es porque cuentan con capacidad económica y ha desaparecido el requisito para ser beneficiarios siendo inviable que continúen siendo favorecidos como beneficiarios del SMA.
- Si un favorecido del SMA como beneficiario de un servidor público^[5] o de un pensionado del

SENA, tiene capacidad económica y se afilia como cotizante al SGSSS, pierde su calidad de beneficiario por cuanto ya no reúne los requisitos exigidos por el SMA de la Entidad, e incluso por la Ley [100](#) de 1993 para los beneficiarios del SGSSS.

Las calidades de afiliados beneficiarios y afiliados cotizantes son excluyentes entre sí en el sistema de seguridad social en salud, razón por la cual no se pueden ostentar ambas calidades al mismo tiempo.

El trabajador oficial, el empleado público y el pensionado todos del SENA, son cotizantes al SGSSS y son sus beneficiarios quienes tienen la posibilidad de ser favorecidos por el SMA.

- En todo caso, deberá garantizarse el derecho fundamental a la salud dentro de los términos legalmente establecidos al usuario del servicio.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano

Coordinador Grupo Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTAS AL FINAL:

1. El mencionado artículo 7 de la Ley 4 de 1976, establecía: Artículo 7. Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios. (Subraya fuera de texto)
2. La Cuota Moderadora es un aporte en dinero que debe ser pagado por todos los afiliados (cotizantes y beneficiarios) cuando se asiste al médico general, al especialista, al odontólogo o a consulta con un profesional paramédico. También cuando se reciben medicamentos, al tomarse exámenes de laboratorio o radiografías de tratamientos ambulatorios.
3. Copagos son los aportes en dinero que deben realizar únicamente los beneficiarios, de acuerdo con el Ingreso Base de Cotización del afiliado cotizante, los cuales corresponden a una parte del valor del servicio prestado y tienen como finalidad ayudar a financiar el Sistema.
4. Señalaba el Artículo 26. La dependencia económica se prueba con la copia de la Declaración de Renta del año gravable inmediatamente anterior, la cual debe reposar en la Oficina de Personal respectiva, según lo estipulado en el Estatuto de Personal vigente en la Entidad. Los

hijos pueden figurar en la Declaración de renta del cónyuge sin perder el carácter de beneficiarios y en estos casos deberán representarse las dos declaraciones. Los padres y hermanos según el caso sí deben figurar en la declaración de renta como personas a cargo, para tener el derecho al Servicio Médico Asistencial. Parágrafo 1o. los cónyuges (el o la) son beneficiarios del Servicio Médico Asistencial cuando no desempeñan ningún tipo de trabajo remunerado que les dé derecho a la afiliación a alguna Entidad Asistencial. Cuando los cónyuges (el o la) no trabajan, son beneficiarios del servicio quienes presenten declaración de renta conjunta. Se extiende el servicio al cónyuge que no trabaje cuyas rentas gravables, distintas a las recibidas de su cónyuge, no excedan la suma de sesenta mil pesos (\$60.000.00) al año. En este caso deben presentarse las dos declaraciones de renta. Parágrafo 2o. En los casos en que el funcionario nunca ha declarado renta, debe presentar la constancia del Ministerio de Hacienda, en la que se certifique esta situación. Además para efectos de inscripción de beneficiarios es necesario allegar dos declaraciones extrajuicio en las cuales se testimonie qué personas del grupo familiar están a su cargo. Estas declaraciones tendrán validez hasta cuando el funcionario presenta su primera declaración de renta.

5. El término servidor público comprende a los trabajadores que laboran para el Estado. En consecuencia comprende a los empleados públicos y los trabajadores oficiales, es decir, el primero es el género y estos la especie. Todos al momento de vincularse con la Administración, ya sea través de una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de trabajo, adquieren unas obligaciones, tiene unos deberes y así mismo son titulares de derechos.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

