

CONCEPTO 64226 DE 2018

(octubre 31)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Calidad de beneficiario del Sistema Médico Asistencial-SMA del SENA

En atención a su comunicación, remitida mediante correo electrónico de fecha 24 de octubre de 2018, radicado No. 8-2018-062450, en la cual solicita concepto jurídico sobre la calidad de los beneficiarios del Sistema Médico Asistencial-SMA del SENA, específicamente si un beneficiario del SNA puede conservar la calidad de beneficiario, aun figurando como cabeza de familia del Régimen Subsidiado en el SGSSS; me permito manifestarle:

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.

El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria.

En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

CONCEPTO

a) ANTECEDENTES

Señala quien consulta:

-De manera atenta, me permito informar que recibimos comunicación mediante radicado No. 8-2018-048942, con la cual el doctor Milton Fabián Díaz Mosquera, Coordinador del Grupo Administrativo Mixto de la Regional Cauca, manifiesta lo siguiente:

[...] Dando alcance a las directrices del SMA en cuanto a la normatividad vigente que regula al Servicio Médico Asistencial, que establece en el artículo 2o del Acuerdo 30 de 1988 lo siguiente:

ARTICULO 2o. El artículo 25 del Acuerdo No. 24 de 1978 quedará así: No tienen derecho al amparo de que trata el presente Acuerdo los familiares enunciados en el artículo vigésimo cuarto, < 24> cuando están protegidos por alguna modalidad o sistema de tipo asistencial o de seguridad social. El hecho de no estar amparado se probará mediante declaración juramentada presentada ante autoridad judicial competente por parte del empleado público, trabajador oficial o pensionado, declaración que podrá ser confrontada por el SENA con las diferentes entidades

asistenciales y de previsión social. La falsedad de esta declaración dará lugar a la iniciación de las acciones disciplinarias y penales correspondientes, por parte de la entidad. (Negrilla fuera de texto).

-En ese orden de ideas los beneficiarios afiliados al Servicio Médico Asistencial deben además depender económicamente del servidor público y/o pensionado y no desempeñar ningún tipo de actividad económica que le de derechos de afiliación como cotizante al SGSSS.

-En ese sentido, la pregunta surge si se aplica el mismo procedimiento cuando el beneficiario que al ser verificada la información en la base de datos del FOSYGA figuran como cabeza de familia del Régimen Subsidiado teniendo en cuenta que el Decreto 2353 de 2015 artículo 21 parágrafo 5 indica:

PARÁGRAFO 5. La composición del núcleo familiar prevista en el presente artículo será aplicable en el régimen subsidiado y para el efecto, el cabeza de familia se asimilará al cotizante. (Subrayado fuera de texto)

-En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta las normas aplicables a beneficiarios del Servicio Médico Asistencial del SENA, las cuales señalan entre otras cosas, que para ser beneficiario del SMA debe acreditarse dependencia económica del funcionario o trabajador, solicito emitir concepto que nos permita aclarar el tema y dilucidar si un beneficiario del Servicio Médico Asistencial puede conservar la calidad de beneficiario, aun figurando como cabeza de familia del Régimen Subsidiado en el SGSSS.

b) ANÁLISIS

Sea del caso advertir que el Grupo de Conceptos Jurídicos se pronunció frente al servicio médico asistencial, especialmente en los relacionado con al Acuerdo 30 de 1988, en su artículo 2, frente al tema del Sistema General de Seguridad Social en Salud del Régimen Contributivo, oportunidad en la cual recomendó seguir adelante con el proyecto de reforma del mencionado acuerdo en dicho artículo.

1. SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL DEL SENA

El Servicio Médico Asistencial-SMA del SENA fue creado por el Decreto 907 de 1975, en su artículo [30](#), el cual fue modificado por el artículo [35](#) del Decreto 594 de 1977. Posteriormente fue reglado por el artículo [35](#) del Decreto 1014 de 1978, el artículo [16](#) del Decreto 415 de 1979, entre las principales normativas. Sea del caso mencionar que la normatividad en cita no consagró ninguna referencia al auxilio por enfermedad del Acuerdo No. 97 de 1970.

-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 referido 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, el cual va dirigido a la Entidad, específicamente a los beneficiarios de sus empleados públicos, de sus trabajadores oficiales y de sus pensionados (casados o solteros). Lo anterior por cuanto es obvio que la competencia reglamentaria del Consejo Directivo solo puede aplicarse y surtir efectos dentro del universo que reglamenta, osea personas vinculadas con el

establecimiento público SENA.

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.

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, 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

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 afiliar 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)

-ACUERDO 7 DE 2009. Mediante el Acuerdo 7 del 28 de mayo de 2009, “por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Médico Asistencial del SENA”, se dispuso:

ARTÍCULO 1o. A partir del 1 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 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)

Tenemos entonces, que el Consejo Directivo del SENA a través de dicho Acuerdo 07 en los considerandos que soportan la decisión referida, acoge las disposiciones contenidas en la Ley [100](#) de 1993 y sus normas complementarias y reglamentarias, las cuales establecieron el Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS (contributivo y subsidiado); de igual manera hizo énfasis en el artículo [4](#) de la Ley 100 que dispuso: “(...)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”. En otras palabras, en dicha decisión del Consejo Directivo frente al SMA del SENA se reconoce lo establecido y ordenado en la Ley [100](#) de 1993.

En consecuencia, no hay discusión respecto a que el Acuerdo precitado 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, estaba destinado a la comunidad SENA, específicamente a los beneficiarios de sus empleados públicos.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE PRESENTAN FRENTE AL SMA

Dentro de los problemas jurídicos planteados sobre el SMA y que han sido analizados en los respectivos conceptos por parte del Grupo de Conceptos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica, los cuales además han generado la mayor controversia, se encuentran los siguientes:

- i. Si el grupo familiar de los pensionados por invalidez a cargo de entidades de previsión social, ARL, en todo caso distintas al SENA, dentro del cumplimiento de los requisitos generales del SMA, pueden ser beneficiarios del servicio médico. (Concepto del 5 de octubre de 2015, Concepto Radicado 8-2017-01[18959](#) de fecha 21/04/2017, Concepto Radicado 8-2017-017262 de 2017, este último dirigido a la Secretaría General del SENA)
- ii. Si los beneficiarios de los servidores públicos y de los pensionados del SENA afiliados al SMA, pueden encontrarse afiliados en calidad de beneficiarios o en calidad de cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS (contributivo o subsidiado). (Concepto Radicado 8-2012-00400058 de 2012, Concepto Radicado 8-2011-011588 de fecha 17/05/2011, Concepto Radicado [33149](#) de 2016)

3. ARGUMENTACIÓN FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

· Es preciso indicar que los argumentos esbozados en las consultas desconocen que el artículo [7](#) de la Ley 4a de 1976, 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; excepciones del cubrimiento y aplicación de la ley que no hacen referencia al establecimiento público SENA. Lo anterior en concordancia con lo manifestado por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del Concepto No. 659 del 9 de diciembre 1994, Consejero Ponente: doctor 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, oportunidad en la cual se 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)

Es oportuno resaltar, que la conclusión del Consejo de Estado se encuentra reflejada en el Acuerdo 07 de 2009 ya referido, pues acoge la plena vigencia de la Ley [100](#) de 1993 en contraposición con la norma subrogada.

Respecto a la subrogación del mencionado artículo [7](#) de la Ley 4 de 1976, es preciso recordar como la jurisprudencia constitucional ha considerado a la subrogación como una modalidad de la derogación (C-241 de 2014); así el decaimiento de un acto administrativo se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparecen del escenario jurídico; sea que hablemos de inexecutable, derogación o su nulidad. Así ha dicho la Corte Constitucional:

[...] Cuando se declara la inexecutable de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexecutable del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo. (C-069 de 1995)

· En cuanto a la situación según la cual para estar afiliados los beneficiarios de empleados públicos, trabajadores oficiales y pensionados 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 (que incluye el régimen contributivo y el subsidiado), el Ministerio de Protección Social analizó la situación, ultimando en el Concepto radicado 8-2012-00400058 de 2012 rendido por la Dirección Jurídica, 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) (Subraya y 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 afiliar a sus beneficiarios al servicio médico que presta la Entidad, no estar afiliados o desafiliar a su grupo familiar (beneficiarios) del SGSSS 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.

Igual análisis sería aplicable frente al Régimen Subsidiado, si la reglamentación de este lo permite (encontrarse afiliado a otro sistema)

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).

El anterior concepto del ente de control fue ratificado y complementado a través del radicado No. 1-2017-018949 del 12 de septiembre de la presente anualidad, donde puede analizarse el tema de los requisitos para presentar un servicio como plan complementario o adicional al POS del Régimen Contributivo.

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 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.

A través de la Circular No. [348](#) del 2012, además de retomar lo dicho en cuanto 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:

1. Treinta (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.
2. Tres (3) meses cuando el usuario lleve 5 años o más de afiliación continúa al Servicio Médico Asistencial.
3. 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.
4. En el caso de tratamientos de Ortodoncia Correctiva estos tratamientos se continuarán prestando hasta su terminación.

De lo anterior, se puede concluir que el SGSSS y el SMA no son incompatibles, pudiendo este prestarse como paquete o plan adicional o complementario del primero, en los términos señalados por la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud. Ahora bien, haciendo referencia a lo dicho por el Ministerio y la Superintendencia Nacional de Salud, en

cuanto a que el SMA puede entenderse como un paquete adicional o complementario de servicios frente a los básicos que ofrece el SGSSS, estos son ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, en calidad de planes complementarios y adicionales al POS. (Concepto Superintendencia Nacional de Salud Radicado 1-2017-018949 del 12/09/2017)

Tales conclusiones desde tiempo atrás se venían señalando frente al tema de la doble afiliación, así:

-La Procuraduría General de la Nación, Delegada para el Trabajo y la Seguridad Social, dentro del radicado IUS 94120-08, radicado SENA 1-2009-024025 del 17 de diciembre de 2009, manifestó que tanto el Ministerio de la Protección Social como la Superintendencia Nacional de Salud, en el caso de la esposa del señor LUIS ENRIQUE DIAZ HERNÁNDEZ (servidor del SENA), no era viable excluirla del SMA del SENA por ser también beneficiaria del SGSSS. (Conceptos contenidos en el oficio No. 8022-1-031859 del 14 de agosto de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud, en el oficio No. 14574 del 2 de septiembre de 2005 de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social y en el oficio No. 319380 del 09 de octubre de 2009 de la misma dependencia del mencionado Ministerio)

-Por último, también refiriéndose al mismo asunto, la Contraloría General de la Nación, en Plan de Mejoramiento del año 2004, en el código de hallazgo 150, indicó “La Ley [100](#) de 1993 estableció la cobertura del grupo familiar del afiliado en su respectiva EPS, que frente al grupo amparado por el SENA presenta diferencias en cuanto a beneficiarios. A pesar que esta ley no lo contempla como régimen excepcional...” y la acción correctiva planteada por el órgano de control fue “presentar proyecto de Decreto para la modificación de la prestación del Servicio Médico Asistencial del SENA”. (Concepto Superintendencia Nacional de Salud. Radicado 8022-1-03111859 de fecha 14/08/2009)

En este orden de ideas, también deberá considerarse de acuerdo con el régimen de pensiones compartidas del SENA, que las únicas pensiones que fueron reconocidas temporalmente por el SENA fueron aquellas que cubrieron el riesgo de jubilación/vejez, en forma compartida y no el de invalidez. Entender lo contrario, desborda la competencia legalmente asignada a la Entidad, lo cual traería como consecuencia que todo pensionado del sector público por invalidez, tendría derecho a que sus beneficiarios accedieran a los servicios médicos referidos. (Dirección Jurídica. Concepto petitionado con Radicado: 8-2017-017262)

En el mismo sentido, deberá considerarse lo siguiente:

ü El SENA no reconoce pensiones que cubren el riesgo de jubilación desde la expedición del Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009.

ü El SENA tiene aún hoy a cargo pensionados en espera de que COLPENSIONES asuma la obligación, entiéndase pensión que cubre el riesgo de vejez.

ü El SENA puede, aún después de que COLPENSIONES reconozca la pensión que cubre el riesgo de vejez, continuar a cargo de un mayor valor de la pensión.

En tal sentido, se ha ratificado lo dicho en el Concepto del 5 de octubre de 2015, en cuanto que el Servicio Médico Asistencial-SMA del SENA, el cual cubre a los beneficiarios de un pensionado, única y exclusivamente, cuando sea pensionado por el SENA y en tanto no sea asumida la obligación pensional en su integridad por COLPENSIONES, advirtiendo que en ese

momento el grupo de beneficiarios del pensionado no queda desprotegido pues estarán cubiertos por el POS del Régimen Contributivo de la Entidad Promotora seleccionada por el pensionado en los términos de la Ley [100](#) de 1993 y las normas que la modifiquen o reglamenten.

· El Régimen Subsidiado en materia de Seguridad Social en salud fue concebido para lograr la afiliación de la población pobre y vulnerable del país al SGSSS. Es así como el Estado lo ha definido como la vía de acceso efectiva al ejercicio del derecho fundamental de la Salud.

En este orden de ideas, es responsabilidad de los entes territoriales la operación adecuada de sus procesos, en virtud de su competencia descentralizada frente al bienestar de la población de su jurisdicción. Entonces los Municipios, Distritos y Departamentos tienen funciones específicas frente a la identificación y afiliación de la población objeto, así como sobre la inversión, contratación y seguimiento de la ejecución de los recursos que financian el Régimen (recursos de esfuerzo propio, de la Nación (SGP) y del FOSYGA).

También es deber de los entes territoriales el seguimiento y vigilancia al acceso efectivo a los servicios contratados por las EPS-S, por parte de la población beneficiaria, es decir, sobre la ejecución misma de los contratos suscritos con las EPS-S.

El Régimen Subsidiado es el mecanismo mediante el cual la población más pobre del país, sin capacidad de pago, tiene acceso a los servicios de salud a través de un subsidio que ofrece el Estado. El numeral 2, del inciso A, del artículo [157](#) de la Ley 100 de 1993, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo [211](#) de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana.

El Decreto 1895 de 1994 (aclarado por el Decreto 1627 de 1995), por el cual fue reglamentado el régimen subsidiado, en el artículo 3 dice: “[...] Beneficiarios del régimen subsidiado. Son todos aquellos afiliados al SGSS que no tienen capacidad de pago para pagar total o parcialmente su cotización y que reciben subsidio para complementar el valor de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, definida en el presente decreto”.

El Decreto 2491 de 1994, que estableció el régimen de transición de cobertura, en el artículo 2 define como beneficiarios, en la fase de transición, a las personas más pobres y vulnerables beneficiarias del régimen subsidiado del sistema de seguridad en salud, determinadas en el Decreto 1895 de 1994, que se encuentran durante la transición en imposibilidad de afiliarse al sistema.

El artículo 10 de decreto 1919 de 1994 define los afiliados al régimen subsidiado así: Serán afiliados en el régimen subsidiado del SGSS: Todas aquellas personas vinculadas a la fuerza laboral como trabajadores independientes, sin vínculo contractual, legal o reglamentario y cuyos ingresos mensuales sean inferiores a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como su grupo familiar.

El Acuerdo 23 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se define la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del SGSS, en el artículo 2,

precisa quiénes son beneficiarios, en los siguientes términos: “[...] Beneficiarios del régimen. Son beneficiarios del régimen toda la población pobre y vulnerable, que no tiene capacidad de cotizar al régimen contributivo y en consecuencia recibe subsidio total o parcial para completar el valor de la UPC-S, de conformidad con los criterios de identificación, el orden de prioridades y el procedimiento previsto en el presente acuerdo”.

Finalmente, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, máxima autoridad del nuevo sistema, definió como beneficiarios del régimen subsidiado a las personas que reciban menos de dos salarios mínimos y no estén obligadas a entrar al régimen contributivo.

Esto incluye madres durante el embarazo y los periodos de pre y postparto, y durante el primer año de lactancia de sus hijos. En este régimen también están incluidos las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños que tengan situación extraña o delicadas de salud, los enfermos de Hansen y las personas mayores de 65 años. Igualmente están los discapacitados físicos y mentales, campesinos, comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes que no tengan suficiente capacidad de pago, los maestros de obra, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados, artistas, deportistas, periodistas independientes y toreros.

La ley [100](#) de 1993 puso como requisito fundamental no tener capacidad de pago de la cotización en salud.

Esto se demuestra por medio del Sistema de Identificación de Beneficiarios de Subsidios (Sisbén), que deben establecer los municipios para administrar el régimen y entregarle a su comunidad subsidios para salud, vivienda y educación, entre otros.

Para aquellas personas que no se encuentren en el sistema el Gobierno expidió un régimen de transición hasta el primero de enero de 1996. Así, mientras se implementan las empresas promotoras o solidarias de salud, las direcciones de salud deberán administrar el régimen subsidiado.

El objetivo del Sisbén es clasificar a los beneficiarios del régimen subsidiado de acuerdo al nivel de ingreso que tengan. Así, los incorporados al sistema deberán pagar alguna parte de los servicios, de acuerdo con el estrato socioeconómico al que pertenezcan.

En este sentido, si bien en principio no son incompatibles el SMA y el SGSSS, que comprende el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, frente a este Régimen Subsidiado, deberá analizarse el fin de este sistema y hasta qué punto si quién es beneficiario del SMA reúne los requisitos para afiliarse al mismo. Lo anterior, si se observa la naturaleza, fines y afiliados del Régimen Subsidiado, de donde pertenecer a otro sistema médico excluiría la posibilidad de pertenecer a dicho sistema subsidiado.

Es claro advertir que el Grupo Familiar beneficiario del SMA, que incluso ha de estar afiliado al SGSSS en el Régimen Contributivo, no estaría ubicado dentro del grupo de población a la cual se destina el Régimen Subsidiado según la reglamentación expuesta.

El régimen subsidiado es el conjunto de normas que orienta y rige la afiliación de la población sin capacidad de pago al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se encuentran afiliadas a este régimen los núcleos familiares sin capacidad de pago, quienes han sido identificadas (mediante la encuesta SISBEN) como población pobre y vulnerable. La cotización de estas personas es pagada, parcial o totalmente, por el Estado a una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS).

Así los beneficiarios de los empleados públicos, al trabajador oficial y al pensionado, todos del SENA, no se constituyen en los núcleos familiares sin capacidad e pago identificados mediante el SISBEN como población pobre y vulnerable, pues pertenecen a un grupo cuya cabeza mantiene un ingreso como servidor público del SENA (empleados públicos, al trabajador oficial) o como pensionado del SENA, quien con su cotización les permite el acceso al SGSSS en el Régimen Contributivo y al SMA de la entidad.

c) CONCLUSIONES

En consecuencia, podemos concluir lo siguiente:

- i. Es requisito sine quom para que pueda afiliarse un beneficiario al Servicio Médico Asistencial-SMA del SENA, que se mantenga el vínculo del empleado público y del trabajador oficial con el establecimiento público; igualmente el pensionado, en el entendido que su vínculo con la Entidad consiste en que la prestación se encuentra a cargo del SENA al haberle sido reconocida y estar siendo pagada por este, o encontrarse compartida con COLPENSIONES^[1].
- ii. Los servidores del SENA no se encuentran beneficiados del régimen de excepción o mejor de exclusión de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral, de acuerdo con lo consagrado en el artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993, dentro de la cual encontramos el régimen pensional y el régimen de salud, lo que no hace viable la aplicación con vigencia condicional del artículo [7](#) de la Ley 4 de 1976.
- iii. En cuanto a la afirmación realizada en varias consultas, respecto a que “según el artículo [7](#) de la Ley 4 de 1976, se determina que la familia del pensionado del SENA, tiene derecho, en idénticas condiciones, a los servicios establecidos por la Entidad para los familiares del empleado y del trabajador oficial”; es preciso advertir que dicho artículo [7](#) fue subrogado por el artículo [163](#) de la Ley 100 de 1993, salvo para los servidores públicos exceptuados conforme con el artículo [279](#) de la norma ibídem, dentro de los cuales, se reitera, no se encuentran los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) y pensionados del SENA.
- iv. De otra parte, los Acuerdos del SENA, que regulan el Servicio Médico Asistencial-SMA que este ofrece, expedidos en ejercicio de las competencias legalmente establecidas, cobijan o se aplican a quienes mantienen vigente un vínculo con la Entidad, ya sea como empleados públicos, trabajadores oficiales o pensionados.
- v. En el mismo sentido, como a bien se ha señalado, no se considera viable exigir para afiliarse al SMA del SENA no estar afiliados o desafiliarse al SGSSS en el Régimen Contributivo, al concluir que ambos sistemas son compatibles; razón por la cual se avocó y recomendó la reforma del artículo 2 del Acuerdo 30 de 1988, con el fin de expedir una norma reglamentaria del servicio que señalara las condiciones en que se prestarán los servicios del SMA del SENA frente a los que brinda el POS, en busca de orientar un plan de servicios adicional al plan obligatorio; todo lo anterior mientras subsista el SMA a cargo de la Entidad. (Circular No. [348](#) de 2012)
- vi. Sea el momento para señalar como de acuerdo con el Acta No. 1502 del 17 de julio de 2014, que reposa en la Secretaría General del Consejo Directivo Nacional del SENA (junto con el proyecto de acuerdo), en el numeral 4.1, el proyecto de acuerdo “por el cual se modifica el artículo 25 del Acuerdo 24 de 1978 y se deroga el artículo 2 del Acuerdo 30 de 1988”, a solicitud de la Organización Sindical, fue un punto aplazado hasta tanto finalizara la negociación colectiva; la reforma del mencionado artículo 2 del Acuerdo 30 de 1988 busca no exigir

desafiliación o no estar afiliado al SGSSS en Régimen Contributivo. Petición a la cual el Consejo Directivo Nacional en su momento y por unanimidad, decidió aplazar el análisis de este asunto, sin que a la fecha haya vuelto a incluirse en la agenda y menos a presentarse o tomarse alguna decisión frente al mismo.

Este Grupo recomendó en vigencia 2017, tal proyecto de acuerdo se sometiera nuevamente al Consejo Directivo para la respectiva aprobación, con ocasión del impacto de la disposición vigente.

vii. Igualmente, el Consejo Directivo Nacional, es el competente para reglamentar las normas internas sobre el SMA del SENA, específicamente en cuanto al tema de la afiliación en calidad de beneficiarios al SGSSS y al grupo familiar de los pensionados que cubre. Siendo importante aclarar la situación de los cotizantes al SGSSS de acuerdo con el respectivo análisis frente a las condiciones particulares de cada prestación.

viii. Igualmente, no sobra recordar que en el caso de los trabajadores oficiales del SENA, el servicio médico asistencial se regula en la Convención Colectiva vigente como un derecho.

ix. En todo caso, serán los competentes en las distintas instancias, quienes definan asuntos en los cuales se presentan dudas o inconsistencias en el Servicio Médico Asistencial-SMA que ofrece el SENA, mientras exista la garantía y protección de los derechos de quienes venían afiliados de tiempo atrás al SMA. (Específicamente la referencia es al precitado Acuerdo 7 de 2009)

x. Al respecto es preciso recordar que el Acuerdo 7 de 2009, se encuentra demandado en instancias judiciales invocando el medio de control de nulidad simple, proceso que cursa ante el Consejo de Estado, quien deberá pronunciarse respecto del asunto.

xi. Ahora bien, en tratándose de salvaguardar los derechos de quienes se encuentran afiliados al SMA del SENA, es pertinente reiterar que no se ha señalado en ninguno de los conceptos emitidos, excluir o desafiliar a quienes se encontraban favoreciéndose del servicio antes del año 2009 y tenían derecho a él.

xii. En lo que se refiere al Régimen Subsidiado, que pertenece al SGSSS junto con el Régimen Contributivo, pero que está destinado a diferentes poblaciones y cuyos fines obedecen a distintos argumentos, en principio, no sería viable que quien se beneficia del SMA del SENA se afilie como población pobre y vulnerable al SGSSS en el Régimen Subsidiado en los términos legalmente establecidos; pues ya se tiene la opción del acceso al Régimen Contributivo y/o al SMA referido.

xiii. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo [9](#), numeral 6, del Decreto 249 de 2004, será de competencia de esa Secretaría coordinar y tramitar los asuntos que sobre el tema deberán someterse a estudio del Consejo Directivo para su reglamentación; tales como la ampliación de periodos de prestación del servicio posterior a la terminación del vínculo con la Entidad en las hipótesis no reguladas, así como el de la cobertura del grupo familiar de pensionados del SENA y definir la regulación de afiliación al SGSSS que se encuentra pendiente de estudio.

El presente concepto, que reitera las argumentaciones rendidas en otros conceptos emitidos, 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 Barrera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Al SENA le fue asignada temporalmente la competencia para reconocer pensiones a sus servidores, hasta la expedición del Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009, “por el cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, se crean y se dictan normas para la liquidación y pago de unos bonos especiales de financiamiento para el ISS”. La modalidad de pensiones reconocidas en forma compartida, cubrían el riesgo de jubilación entre tanto la administradora de pensiones del régimen de prima media asumía la obligación pensional total o parcialmente. En su momento, no se consideró viable que el pensionado continuara recibiendo las dos mesadas pensionales con el uso de los mismos tiempos de cotización al sistema, razón por la cual se podían dar dos situaciones: -Que el ISS hoy COLPENSIONES, reconozca el derecho pensional, con una mesada pensional igual o superior a la que fue reconocida inicialmente por el SENA y la cual venía disfrutando el pensionado a cargo del SENA. Entonces cesa la obligación para el SENA, pues el ISS o quien haga sus veces asume la obligación en su integridad. -Que el ISS hoy COLPENSIONES, reconozca el derecho pensional, pero la mesada pensional sea inferior a la que fue reconocida por el SENA y la cual venía disfrutando el pensionado a cargo del SENA. Entonces el SENA deberá responder, y por lo tanto, continuar pagando la diferencia a favor del pensionado



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)

