

APLICACIÓN DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR A LOS AFILIADOS AL SISTEMA  
GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Autor  
Andrés Felipe Ussa Castilla

Presentado al profesor  
Abogado  
David Augusto Echeverry Botero

Tesis presentada para obtener el título de  
Magister en Derecho Contractual Público y Privado  
Universidad Santo Tomás  
Bogotá  
Octubre 2021

## **Resumen**

Los usuarios de servicios de salud, pertenecientes al régimen contributivo y subsidiado están amparados por las normas que regulan el Derecho Fundamental a la Salud. Sin embargo, el Estatuto del Consumidor que aplica actualmente a toda clase de servicios, podría proteger a la parte débil en la relación de consumo existente entre los afiliados y los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo una aplicación subsidiaria frente a aspectos no regulados en el sector salud. En consecuencia, los afiliados, además de contar con los derechos y mecanismos de protección consagrados en la Ley Estatutaria en Salud, Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011, contarían con aquellos que se encuentran previstos en la Ley 1480 de 2011.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho fundamental a la Salud, Sistema de Salud, Derecho del Consumidor, Seguridad Social.

## **Abstract**

Health services users that are part of the subsidized and contributory regime are being protected under the rules that regulate the fundamental right to health. However, the consumer statute that apply in this moment to all kind of services, could protect to the weakest part in the consumers relationship between member & actors in the general System of Social Security in Health, having a subsidiary application towards aspects that are not regulated in the health sector. In consequence, affiliates, other than having their rights & protection mechanisms enshrined in the Statutory Law on Health, Law 100 of 1993, Law 1122 of 2007 and Law 1438 of 2011, They would have those that are provided for in Law 1480 of 2011.

**KEYWORDS.** Fundamental Right to Health, Healthcare System, Consumer Rights, Social Security.

## Tabla de Contenido

Introducción .....	5
1. El derecho a la salud en el SGSSS y su compatibilidad con el derecho de los consumidores.....	6
2. Derecho a la información.....	11
2.1 Derecho a la información en el sistema general de seguridad social en salud y aplicación del estatuto del consumidor.....	12
3. Derecho a recibir servicios en condiciones de calidad e idoneidad.....	15
4. Aplicación de las garantías en el sistema general de seguridad social en salud.....	18
5. Derecho a recibir servicios en condiciones de seguridad y responsabilidad por producto defectuoso.....	24
6. Publicidad.....	27
7. Protección contractual frente a las cláusulas abusivas.....	31
7.1. Cláusulas abusivas en los contratos de afiliación .....	33
8. Mecanismos de protección de los afiliados al SGSSS.....	35
8.1 Residualidad de la acción de protección al consumidor en los servicios de salud prestados dentro del SGSSS.....	37
9. Régimen sancionatorio.....	39
9.1 Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Superintendencia Nacional de Salud.....	39
9.2 Procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Industria y comercio.....	40
Conclusiones.....	41
Referencias.....	44

## **Introducción**

Los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran protegidos por normas especiales, específicamente, por la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la Ley 100 de 1993, modificada por las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011. En los mencionados cuerpos normativos y sus reglamentaciones se incorporan principios que buscan salvaguardar el derecho fundamental a la salud, de los cuales a su vez se derivan derechos de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y obligaciones de los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, las normas del sector salud no contemplan otros derechos de los usuarios que si se encuentran establecidos en las normas de protección al consumidor, las cuales aplican a la comercialización tanto de bienes como de servicios.

Además, aunque las normas de seguridad social en salud hacen alusión a algunos derechos de los usuarios enunciados en la Ley 1480 de 2011, estos no se regulan de forma suficiente.

Considerando la posibilidad de que el *Estatuto del Consumidor* aplique de forma subsidiaria, en los aspectos no regulados por las normas especiales que protegen el derecho a la salud, se analizará en qué medida este podría llenar esos vacíos, al revisar los elementos que regulan esta normatividad como el derecho a la información, así como el derecho a recibir servicios en condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, publicidad y protección contractual. Además, se analizarán los procedimientos jurisdiccionales y sancionatorios que se encuentran contenidos en las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el fin de establecer si adicionalmente los afiliados podrían también acudir a las acciones establecidas en el *Estatuto del Consumidor*.

Es necesario aclarar que de acuerdo con el Estatuto del Consumidor, se entiende como producto: todo bien o servicio, noción que se aplicará a lo largo del presente trabajo

investigativo, sin hacer diferenciación en algunos apartes entre bien o servicio. No obstante, la presente investigación se centra únicamente en el análisis de los servicios de salud, en razón de que el tema de la adquisición de bienes, no corresponde a los objetivos planteados.

## **1. EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES**

El derecho a la salud se fundamenta en el artículo 49 de la *Constitución Política de Colombia*, el cual “contempla la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado y garantiza el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (Woolcott, 2014). En virtud del mencionado mandato constitucional, se sancionó la Ley 100 de 1993, la cual tiene como finalidad “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención” (Mantilla Rojas, 2016). Esta normatividad, “prevé la creación de las condiciones para que tanto los afiliados al régimen subsidiado de salud como los afiliados al régimen contributivo de salud puedan acceder a un plan de beneficios” (Ramirez Ramirez , Rocha Beltrán, Durango Suarez, & Rodríguez Álvarez, 2016).

Varios años después, se realizó la primera reforma a la Ley 100 de 1993, mediante la Ley 1122 de 2007, cuyo propósito es “mejorar la prestación de los servicios de salud” (Leuro Martínez & Gutiérrez Roa, 2017). Posteriormente, se introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la Ley 1438 de 2011, cuya finalidad “es fortalecer el Sistema General de Seguridad Social en Salud” (Leuro Martínez & Gutiérrez Roa, 2017).

Finalmente, se expidió la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria en Salud, la cual “tiene como objetivo garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud, regularlo como un

derecho autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y establecer los mecanismos de protección, sin menoscabo de la acción de tutela” (Puyana Silva, 2017). A partir de su entrada en rigor “las previsiones del ordenamiento jurídico tendrán que ajustarse a la Ley Estatutaria, por tratarse de una ley de superior jerarquía. (Defensoría del Pueblo, 2015, p.75).

Se observa que existe una basta regulación en nuestro ordenamiento jurídico, con la cual se busca garantizar el derecho a la salud a los afiliados. No obstante, ello no impide que los usuarios de servicios de salud reciban una protección adicional, mediante el *Estatuto del Consumidor*. En primer lugar, porque esta normativa: “no hizo alusión a algún tipo de exclusión respecto de los servicios prestados por profesionales liberales. No se hizo, igualmente ninguna referencia a la naturaleza (civil o comercial) que debe tener el acto objeto de la relación de consumo” (Fernández Muñoz, 2013).

Dicho lo anterior, a partir de la entrada en vigor del *Estatuto del Consumidor*, cualquier clase de servicio se encuentra dentro del ámbito de aplicación de éste, incluyendo los servicios de salud, independientemente de que el acto sea civil o mercantil. La Ley 1480 de 2011, entonces “plantea un cambio en la forma como debe aplicarse la protección a los consumidores, pues genera una obligación, para todos aquellos que prestan servicios en lo que se ha denominado ‘profesiones liberales’ de prestar un servicio de calidad”. (Superintendencia de Industria y Comercio. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 12-034061).

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que en el artículo 48 de la Constitución Política, se hizo necesaria la intervención del Estado en las relaciones entre consumidores y empresarios, al señalar que “la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”. Como bien señala Morgestein Sánchez (2015) “esta norma

se inspira en el conocimiento que tuvo el Constituyente del desequilibrio contractual presente en las relaciones de consumo, y su objetivo primordial es proteger la parte débil del contrato” (Morgestein-Sánchez, 2015, p.202).

Así mismo, la Corte Constitucional consideró que la Carta Política ordena proteger al consumidor, para restablecer su igualdad frente a productores y distribuidores, teniendo en cuenta la asimetría real en que se desenvuelve aquél para satisfacer sus necesidades humanas (Corte Constitucional, Sala Plena, C-973, 2002).

Tal asimetría, se presenta entre los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y los actores del Sistema General de Seguridad Social (EPS e IPS), pues estas empresas son expertas en la técnica de producción; poseen toda la información relevante para la celebración del contrato, tienen un poder económico mayor y un poder de negociación que les permite imponer las condiciones contractuales (Villalba Cuellar J. C., 2011). Por lo tanto, corresponde al Estado restablecer el equilibrio en las relaciones que se presentan entre usuarios de servicios de salud y los proveedores de servicios de salud. No obstante, no debe perderse de vista que el aspecto que determina la aplicación de la Ley 1480 de 2011, es la existencia de una relación de consumo<sup>1</sup>, concepto que no es claramente definido por la Ley 1480 de 2011 pero que puede entenderse como “un vínculo obligacional entre un productor y un consumidor” (Villalba Cuellar J. C., 2011).

En ese sentido, se considera necesario revisar si las EPS e IPS encuadran en la categoría de productor o proveedor y los afiliados en la categoría de consumidor. En relación con el término “proveedor”, el *Estatuto del Protección al Consumidor* lo define como “cualquier

---

<sup>1</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 2. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

persona natural o jurídica que de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro<sup>2</sup>.

Respecto a las EPS, el numeral e), del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, consagra las funciones a cargo de dichas empresas, siendo las más importantes, la afiliación y garantía del Plan de Beneficios.

Por su parte, las IPS (Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud) “atienden la prestación de los servicio de salud dentro del POS, de acuerdo con el nivel de complejidad de los servicios que ofrecen, previo con las entidades promotoras de salud” (Puyana Silva, 2017, p.91).

En este orden de ideas, tanto las Entidades Promotoras de Salud como las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se consideran proveedores, pues de forma habitual ofrecen, suministran y distribuyen un servicio a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las funciones que les otorga la ley. En cuanto al término “consumidor o usuario” este es definido como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.  
(Ley 1480, 2011, Art.5).

Bajo esta definición se puede decir que: “el paciente o afiliado de los servicios de salud, encuadra en la denominación de consumidor o usuario; en ese extremo de la relación se

---

<sup>2</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 5. Numeral 11.

encuentra la persona que utiliza ese bien o servicio como consumidor final” (Pérez Forero, 2014, p.89).

Es posible establecer que se cumplen los presupuestos necesarios para que se configure una relación de consumo entre los usuarios de servicios de salud y las EPS e IPS, lo cual ubica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro del marco de aplicación de la Ley 1480 de 2011.

Sin embargo, cabe preguntarse si es necesaria la aplicación del *Estatuto del Consumidor* a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, considerando que aquellos se encuentran protegidos por las normas que regulan la salud y además cuentan con mecanismos para hacer efectivos sus derechos.

La solución a este problema se encuentra contenida en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1480 de 2011, al establecer que sus normas son aplicables a las relaciones de consumo, en todos los sectores de la economía, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en el *Estatuto del Consumidor*.

Así pues, las normas que regulan el derecho a la salud y el *Estatuto del Consumidor* no son excluyentes, ya que “son entonces la regla general para todos los sectores de la economía que no estén regulados de manera especial, así como un complemento a las disposiciones específicas de cada oficio, en cuanto y en tanto le sean compatibles” (Ossa Gómez, 2013, pp. 431 - 432).

Teniendo en cuenta lo anterior, el *Estatuto del Consumidor* regularía todos aquellos aspectos propios de las relaciones de consumo, que no se encuentren previstos en normas especiales del sector salud, como lo son la Ley 1755 de 2015 (Ley Estatutaria en Salud), la Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Ley 1437 de 2011, el Decreto 780 de 2016 y las resoluciones y

circulares del Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, brindando una mayor protección a los afiliados del SGSSS.

Considerando tal hipótesis, se requiere entonces analizar los aspectos no regulados en las normas especiales del sector salud, respecto de los cuales sería necesaria la aplicación a la Ley 1480 de 2011, entendiéndose como una protección adicional a la prevista en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, referente a los servicios que son prestados por las EPS e IPS. Así mismo, es necesario revisar si los usuarios pertenecientes al sistema de salud en Colombia, podrían acudir a los mecanismos de protección consagrados en el *Estatuto del Consumidor*.

## **2. DERECHO A LA INFORMACIÓN**

En la Constitución Política de Colombia, se elevó a rango constitucional el derecho a la información, consagrado en el artículo 78 de la Constitución Política como una obligación que debe ser regulada por parte del Estado. En cumplimiento de tal precepto, el *Estatuto del Consumidor* estableció como uno de sus principios: “El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas”. (Ley 1480, 2011, Art.1).

De acuerdo con Villalba Cuellar (2012) “el deber de información constituye uno de los pilares fundamentales del derecho de protección al consumidor y su finalidad es proteger las decisiones del consumidor por la asimetría informativa que se presenta en las relaciones de consumo” (Villalba Cuellar, 2012, pp. 97 – 117). Esta disparidad se presenta debido al conocimiento que posee el proveedor respecto de los bienes y servicios que ofrece, siendo profesional en su actividad económica, mientras que el consumidor confía en la información que le suministra el empresario.

En consecuencia, en el *Estatuto del Consumidor* se exigieron unas condiciones mínimas, respecto a la información que deben suministrar el productor o proveedor al consumidor.

Villalba Cuellar (2017) afirma que:

Dado que este no tiene los conocimientos para poder tomar decisiones acertadas e informadas, el legislador acudió a la obligación de información, a cargo del productor, como un mecanismo para restablecer parte del equilibrio perdido entre productor y consumidor, y de paso proteger el consentimiento del consumidor-contratante. (Villalba Cuellar, 2017, p.287).

Por consiguiente, en el *Estatuto del Consumidor* se exigieron unas condiciones mínimas, respecto a la información que deben suministrar los productores o proveedores a los consumidores o usuarios, esto es que la misma sea completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea. Así mismo, deberán advertirse los riesgos que puedan derivarse del consumo o utilización de los bienes o servicios e informar los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos, esto, de conformidad con el artículo 23 *ibidem*.

Lo anterior, sin perjuicio de algunas disposiciones particulares, aplicables a ciertos sectores económicos, como es el caso de la Ley 1328 de 2009; *Estatuto del Consumidor Financiero* o la Ley 300 de 1993, *Ley General del Turismo*.

En otro tipo de ventas, como lo son aquellas realizadas por métodos no tradicionales se exige cumplir de manera más estricta, con el deber de información, precisando de forma exacta la información que debe suministrarse a los consumidores en la etapa precontractual y contractual<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> El capítulo 37 del Decreto 1074 de 2015 regula la información mínima que debe suministrarse en las ventas celebradas por métodos no tradicionales o a distancia.

La aplicación del deber de información a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se analizará a continuación.

## **2.1. DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS SERVICIOS PRESTADOS DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y APLICACIÓN DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Entidades Promotoras de Salud, deben cumplir con el deber de información a sus afiliados, esto se materializa con la entrega de la *Carta de Derechos, Deberes y Carta de Desempeño*, que corresponde a un documento que deben suministrar tales entidades, al momento de realizar la afiliación, de acuerdo con la Resolución 229 de 2020. Esta última debe contener como mínimo: un capítulo de información general, capítulo de derechos de los afiliados, capítulo de deberes, capítulo de instituciones y recursos para el cumplimiento de los derechos, con el contenido indicado en tales normas<sup>4</sup>. Además, el documento deberá estar disponible en la página web de la EPS y en la del Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, las cuales deberán estar actualizadas de conformidad con la Circular 0016 de 2013.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la *Carta de Derechos y Deberes* y la *Carta de Desempeño*, busca garantizar la libre elección y el ejercicio pleno de los derechos de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, T-760, 2008).

Otro aspecto relacionado con el derecho a la información en el SGSSS, es lo concerniente a los indicadores en salud de que trata el artículo 108 de la Ley 1438 de 2011, los cuales tienen como fin “que los ciudadanos puedan contar con información objetiva que permita reducir las

---

<sup>4</sup> La información mínima que debe contener la Carta de Derechos y Deberes se encuentra establecida en el artículo 4 de la resolución 4343 de 2012.

asimetrías de información y garantizar al usuario su derecho a la libre elección de los prestadores de servicios y aseguradores”.

En lo que respecta a los Prestadores de Servicios de Salud, el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, consagra como una obligación de los profesionales de la salud, obtener el consentimiento informado, “mediante el cual el paciente recibe de parte del médico una información precisa, clara y suficiente para que aquél decida de manera autónoma y libre someterse a un tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico” (López Camargo, 2009, p.178).

Para la Corte Constitucional, el consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía, además de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual, el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana. (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-182, 2016).

El consentimiento informado además tiene gran relevancia en el campo de la responsabilidad médica, pues en caso de daño o fallecimiento del paciente, el galeno dentro de un proceso judicial tiene la carga de probar que informó los riesgos que se derivan del tratamiento o el procedimiento, en estos casos “será el médico quien tendrá que probar, que proveyó la información necesaria, oportuna y clara a su paciente, sobre su estado de salud y las consecuencias que se generarían por su tratamiento”. (López Camargo, 2009, p.179).

A pesar de existir normas especiales, relacionadas con el deber de información, aplicables a las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como las mencionadas anteriormente, se considera que algunas disposiciones del *Estatuto del Consumidor*, podrían servir como un complemento, pues para que aplique la Ley 1480 de 2011 de forma subsidiaria: “no tiene que haber necesariamente carencia total de regulación

especial, sino que esta sea susceptible de complementación, y que las normas generales no sean abiertamente contrarias a las normas especiales”. (Mejía Aramburo, 2014, pp. 127 – 128).

Considerando esta posición, no sería suficiente que las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cumplieran con los deberes especiales que les exige las normas del sector salud, como es el caso de la *Carta de Derechos y Deberes* y la *Carta de Desempeño* así como el consentimiento informado, sino que tendrían que observar que la información cumpla con los parámetros de la Ley 1480 de 2011, esto es que sea completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea. Así mismo, serían responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011. Además, bajo el criterio de subsidiariedad del *Estatuto del Consumidor*, éste aplicaría en todos los demás aspectos, relacionados con la información que suministren los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que no se encuentren regulados de forma especial.

### **3. DERECHO A RECIBIR SERVICIOS DE SALUD EN CONDICIONES DE CALIDAD E IDONEIDAD**

La Ley 1480 de 2011, contempla el derecho que tienen los consumidores a recibir productos (bienes y servicios) en condiciones de calidad, “el cual se convierte, correlativamente, en una obligación para los productores y/o proveedores de bienes y servicios en el mercado” (De la Cruz Camargo, 2019, p.13).

Concretamente, el numeral primero del artículo tercero de la ley 1480 de 2011, define la calidad como el derecho a “recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado” (Ley 1480, 2011, Art.3). Por su parte, el artículo quinto define la calidad como “condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre

sobre él” (Ley 1480, 2011, Art.5). En efecto, se puede decir que: “un producto será de calidad cuando corresponda a la información advertida por quien lo comercializa y a las características naturales del bien o servicio, así como a las que son propias de ese tipo de productos en el mercado”. (Echevarría García, 2014, p.9). En ese orden de ideas, un servicio de salud, adolecerá del requisito de calidad, cuando la información que se le suministre sobre los servicios recibidos, no corresponda a lo ofrecido y además cuando se preste sin cumplir con las condiciones inherentes al mismo.

Un servicio también se considera de baja calidad cuando no cumple con lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias. Tratándose de servicios médicos, dichas reglamentaciones y exigencias de sanidad, se encuentran contenidas en las distintas normas que regulan el sistema de salud.

Otro derecho que se consagra en el artículo tercero es el de recibir bienes o servicios en condiciones de idoneidad, esto es, la “aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado” (Ley 1480, 2011, Art.3). consumidor. “Aquí se incluyen las finalidades específicas informadas por el proveedor al consumidor” (Ariza Buitrago & Paéz Paredes, 2016, pág. 7). En ese orden de ideas, un servicio de salud, deja de ser idóneo, en caso de que no cumpla con su finalidad, la cual es brindar bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud<sup>5</sup>.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud los conceptos de calidad e idoneidad, se establecen en la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria en Salud, como uno de los elementos o principios básicos del derecho fundamental a la salud<sup>6</sup>. Lo anterior, “se relaciona con el

---

5 Ver: Organización Mundial de la Salud. (Octubre de 2006). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. 45. Ginebra. Recuperado el Noviembre de 2015, de [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

6. Ley 1751 de 2015. Artículo 6. Literal d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares

acceso, la oportunidad, la seguridad y la racionalidad técnica. Además, integra elementos como la idoneidad y la competencia profesional, la disponibilidad y la suficiencia de recursos, la eficacia, la eficiencia, la continuidad, la atención humanizada. (Díaz Granados & Paredes Cubillos, 2009, pp.29 – 52).

Con el fin de asegurar que se cumplan con los criterios de calidad e idoneidad que demandan la prestación del servicio de salud, el Decreto 780 de 2016, establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de atención en Salud”. La mencionada normatividad define como calidad “la atención en salud, la provisión de servicios de salud a los usuarios individuales y colectivos de manera accesible y equitativa, a través de un nivel profesional óptimo” (Superintendencia Nacional de Salud, Oficina Asesora Jurídica, 2014, Rad: 2-2014-065261).

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Entidades Promotoras de Salud y los Prestadores de Servicios de Salud, deben cumplir las condiciones de calidad e idoneidad, acreditando una serie de requisitos tecnológicos, científicos, patrimoniales, técnicos y administrativos, para que los prestadores de servicios de salud, puedan obtener la correspondiente habilitación y permanencia en el sistema, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 la Ley 1438 de 2011<sup>7</sup> y el Decreto 780 de 2016<sup>8</sup>.

---

de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

<sup>7</sup> Ley 1438 de 2011. Artículo 58. Habilitación de prestadores de servicios de salud. Las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios de salud, las Administradoras de Riesgos Profesionales deberán contar con las condiciones necesarias para prestar un servicio de calidad; para tal fin los reglamentos que el Ministerio de la Protección Social expida deberán garantizar la verificación de dichas condiciones y su periódica revisión. Las Direcciones Territoriales de Salud deberán garantizar la verificación de los servicios que lo requieran en el plazo que establezca el reglamento. La actividad de habilitación, para ser realizada oportuna y en los términos establecidos.

<sup>8</sup> Decreto 780 de 2016. Artículo 2.5.1.3.1.1. Sistema Único de Habilitación. Es el conjunto de normas, requisitos y procedimientos mediante los cuales se establece, registra, verifica y controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico-administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el Sistema, los cuales buscan dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y son de obligatorio cumplimiento por parte de los Prestadores de Servicios de Salud y las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios.

Tales requisitos, se encuentran definidos en la Resolución 4445 de 1996, la cual: “determina las condiciones sanitarias de infraestructura, que deben cumplir las Instituciones Prestadoras de Salud, para la oferta de servicios” (Ministerio de Salud y Protección Social. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 201711602395121). Por otra parte, está la Resolución 3100 de 2019 en la que: “se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los prestadores de servicios de salud y de habilitación de los servicios de salud y se adopta el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud”. (Resolución 3100, 2009, p.1).

#### **4. APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

Cuando en un servicio de salud falta el requisito de calidad o idoneidad, el usuario se encuentra facultado para exigir la garantía, entendida ésta como la obligación a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos<sup>9</sup>.

Respecto a la garantía en los servicios, cuyas obligaciones son de medio, como es el caso de los servicios profesionales, incluyendo los de la medicina, el artículo 7 del Estatuto del Consumidor, plantea que “la garantía no se dirige al resultado, sino por el contrario, a las condiciones de calidad que rodearon la prestación misma del servicio”. (Pérez Forero, 2014, p.82). En estos casos, los jueces de la República o la Superintendencia de Industria y Comercio, al momento de resolver una demanda relacionada con la garantía en la prestación de servicios, deberán evaluar la diligencia y cuidado con la que actuaron los profesionales, de acuerdo con las condiciones pactadas e informadas a sus clientes.

---

<sup>9</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 5. Numeral 5.

Por otra parte, el numeral 3 del artículo 11 del *Estatuto del Consumidor* señala que “en los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado”. (Ley 1480, 2011, Art.11). De lo anterior se observa que la garantía en la prestación de servicios es exigible cuando acaece un incumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato. Sin embargo, también procede cuando la información suministrada al usuario no cumple con los requisitos previstos en el *Estatuto del Consumidor*.

En este contexto, tratándose de servicios de salud “el paciente está facultado para solicitar la prestación del servicio en las condiciones pactadas (calidad, seguridad e idoneidad) o a la devolución del dinero según lo establecido en el numeral 3 del artículo 11 del *Estatuto del Consumidor*”. (Sayas Contreras & Mercado Verbel, 2018, p. 217). Bajo este criterio, la SIC ha conocido de varias demandas en contra de empresas de servicios de salud, ordenando a título de efectividad de la garantía, que se devuelva el dinero o se preste el servicio en las condiciones pactadas.

Se expone el caso de una acción presentada contra una empresa de medicina prepagada, la cual se negó a autorizar una resonancia nuclear magnética de cerebro y toda la médula con gadolinio, ordenada por el médico tratante a un paciente con diagnóstico de Neurofibromatosis, bajo el pretexto de que dicho examen médico se encontraba excluido a causa de una preexistencia<sup>10</sup>. La SIC consideró que al demandante se le vulneraron los derechos como consumidor, pues la empresa de medicina prepagada debía suministrar todos los servicios que el usuario requiriera para el tratamiento de su enfermedad, sin que pudiera alegar preexistencias con posterioridad a la celebración del contrato, razón por la cual ordenó que se le restablecieran todos los servicios relacionados con el diagnóstico de la enfermedad Neurofibromatosis.

---

<sup>10</sup> Ver Sentencia 1156 de 2012 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado No. 2017-431180.

En otra demanda, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó a EMERMEDICA S.A., devolver el dinero pagado por el usuario a título de efectividad de la garantía. En este caso, un paciente contrató un servicio de salud para el tratamiento de farmacoterapia intravenosa para la disfunción eréctil. La entidad consideró que se acreditaba la existencia de una relación de consumo, y luego de determinar que se configuró un incumplimiento por parte de la IPS, ordenó a ésta a título de efectividad de la garantía, la devolución del dinero pagado por el paciente<sup>11</sup>.

Cabe aclarar que los casos mencionados anteriormente, corresponden a servicios que son prestados por fuera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y son financiados en su totalidad por los usuarios. Por lo tanto, existen dudas respecto a la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio, admita una demanda de protección al consumidor, en la cual se reclame una garantía en los servicios prestados por EPS e IPS, a pesar de que esta es una función que no le fue asignada a la Superintendencia Nacional de Salud.

En primer lugar, porque no se encuentra viable solicitar la devolución del dinero, puesto que: “las cotizaciones obligatorias del sistema de salud, aunque deben ser pagadas a la entidad promotora de salud correspondiente, no ingresan al patrimonio de la misma sino que pertenece al Fondo de Solidaridad y Garantía”. (Arenas Monsalve, 2009). Lo mismo sucede con toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, los cuales son dineros públicos que las EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantía administran. (Corte Constitucional. Sala Plena Corte Constitucional, SU– 480, 1997).

En cuanto a la repetición del servicio, es necesario analizar la relación jurídica existente entre los afiliados con los distintos actores del SGSSS, pues como se explicó anteriormente, la

---

<sup>11</sup> Ver sentencia 502 de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 2014-15729.

garantía procede cuando no se cumplen con las condiciones pactadas en el contrato, es decir cuando hay incumplimiento.

Entre la EPS y los afiliados se configura un contrato de afiliación, que es definido por el artículo 2.1.1.3. del Decreto 780 de 2016 como “el acto de ingreso al Sistema General de Seguridad Social en Salud” (Decreto 780, 2016, Art. 2). Mediante la afiliación surgen algunas obligaciones para dichas empresas, principalmente la del aseguramiento “para lo cual debe asumir el riesgo de salud que le transfiere el beneficiario y garantizarle la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud” (Leuro Martínez & Gutierrez Roa, 2017).

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional “la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud”. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, T-760, 2008). Por lo tanto, no se trata de un simple incumplimiento de las obligaciones de las EPS, sino de la afectación a un derecho de alta relevancia constitucional. Es por esta razón, que en nuestro ordenamiento jurídico se establecieron mecanismos de protección eficaces para salvaguardar el derecho a la salud, cuando las aseguradoras no autorizan un determinado medicamento o servicio.

Por un lado, se encuentra la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, establecida en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificada por el artículo 124 de la Ley 1438 de 2011 y artículo 6 de la Ley 1949 de 2009, el cual le atribuyó a dicha entidad, competencia para conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez entre otros asuntos, en “la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (plan obligatorio de salud), cuando su negativa

por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”. (Ley 1949, 2009, Art. 6).

Adicionalmente, los afiliados cuentan con la acción de tutela, la cual se constituye como el mecanismo judicial por excelencia utilizado por los usuarios para lograr la protección de sus derechos fundamentales cuando han sido vulnerados (Defensoría del Pueblo, 2015). Sin embargo, aquella procede bajo circunstancias específicas, especialmente cuando se evidencie la afectación a la vida, la salud o integridad del accionante o cuando este mecanismo no es idóneo y eficaz.

De este modo, se puede indicar que “la acción de amparo procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso, deberá definirse si el perjuicio es inminente, su daño o menoscabo es grave, si las medidas para conjurarlo son urgentes y si la acción de tutela se torna impostergable debido a la urgencia y la gravedad”. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, T-425, 2017). En este orden de ideas, no habría lugar y además resulta innecesaria la reclamación de la garantía en la prestación de servicios, consagrada en el *Estatuto del Consumidor*, para solicitar a la EPS que garantice el Plan Obligatorio de Salud.

Frente a las IPS, se configura un contrato de prestación de servicios de salud, mediante el cual el prestador se obliga a realizar las atenciones y procedimientos definidos en el Plan de Beneficios, que requieran los pacientes. “En este caso el vínculo del médico con el paciente no es libre y quien garantiza las condiciones de la prestación es la EPS, mientras que el médico es un ejecutor de las obligaciones contraídas por la entidad prestadora” (Sayas Contreras & Mercado Verbel, 2018, pp. 205 – 206).

Los servicios que requieren los pacientes son determinados por los galenos al momento de la atención, para lo cual emiten un concepto médico, el cual es “el principal criterio para

determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder”. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-760, 2008). Con base en ese criterio, el médico emite una orden médica, la cual es necesaria, para que la EPS autorice y financie un servicio contenido en el Plan de Beneficios. Como bien ha señalado la Corte Constitucional “Cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad es que exista orden médica autorizando el servicio” (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-435, 2019).

Con base en la clarificación anterior, es posible determinar la improcedencia de la garantía en la prestación de servicios de salud, para reclamar a las IPS, que presten el servicio en las condiciones en que fue contratado, pues de requerirse un nuevo procedimiento, debido a una mala praxis médica, es suficiente con que el médico tratante, de acuerdo con su valoración, ordene la repetición del mismo, en aras de que la EPS proceda a su autorización y se realice nuevamente su práctica. Además, en caso de que no se autorice la repetición del servicio médico o no se logre la práctica de tal, estamos frente a la vulneración del derecho fundamental a la salud, lo cual facultaría al paciente, para solicitar su amparo ante la Supersalud o por vía de tutela, toda vez que se estaría colocando en riesgo su vida o integridad.

## **5. DERECHO A RECIBIR SERVICIOS EN CONDICIONES DE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO DEFECTUOSO**

La obligación de los productores y proveedores de responder por la seguridad de los productos se fundamenta en el artículo 78<sup>12</sup> de la Constitución Política y el artículo 1 del *Estatuto del Consumidor*<sup>13</sup>.

---

12 El inciso segundo del artículo 78 de la Constitución Política establece que “serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

Del mismo modo, se debe decir que: “El derecho que tiene toda persona a que no se le cause daño, generalmente viene regulado desde el punto de vista de la obligación del causante a resarcir al afectado por los perjuicios que le haya podido causar”. (De la Cruz Camargo, 2019, p.24). Además, en el artículo tercero de la Ley 1480 de 2011 se estableció el derecho a la seguridad e indemnidad el cual consiste en el “Derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores”. (Ley 1480, 2011, Art.3).

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se establecieron obligaciones tendientes a salvaguardar la integridad de los usuarios de servicios de salud, mediante el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, el cual además de asegurar que se presten los servicios de salud bajo unos estándares mínimos, propende por salvaguardar la integridad de los usuarios de servicios de salud. Por ello, el artículo 2.5.1.2.1 del Decreto 780 de 2016 señaló como una característica de dicho sistema, la seguridad, entendida como: “el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias”. (Decreto 780, 2016, Art. 2.5.1.2.1).

De esta manera, los prestadores de servicios de salud deben cumplir con los requisitos que exigen las normas de habilitación para garantizar que sus usuarios no sufran ningún accidente o infección intrahospitalaria. En ese sentido, se debe decir que lo anterior: “supone la implementación y mantenimiento de medidas dirigidas a prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto acorde con protocolos contentivos de normas técnicas, adoptados por el propio centro de salud o exigidos por las autoridades que tienen a su cargo

---

<sup>13</sup> El numeral primero de la ley 1480 de 2011 establece como un principio de la Ley de Protección a los consumidores “La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad”.

su inspección, vigilancia y control” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Rad: 05001-31-03-004-2006-00280-01).

Ahora bien, en el *Estatuto del Consumidor*, se incorporó el concepto de producto defectuoso, entendido como “aquel bien mueble o inmueble que, en razón de un error de diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”. (Ley 1480, 2011, Art.5). De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia un producto es defectuoso “no por su falta de aptitud para el uso para el que fue adquirido, sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el público” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. 5899-3193-992-1999-00629-01).

Lo anterior, genera dudas respecto a si los servicios que no cumplen con ciertas condiciones de seguridad, también se consideran productos defectuosos. La Superintendencia de Industria y Comercio considera sobre el particular que “la prestación de un servicio es defectuosa cuando se crea un daño por la utilización de un producto (defectuoso) en la prestación de este” (Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Jurídica, Rad: 2016-160560).

Bajo ese criterio, en el ámbito de la salud, un servicio se considera defectuoso, cuando se empleen bienes para su prestación que no ofrezcan la seguridad suficiente a los consumidores, como es el caso de las cirugías estéticas mediante la utilización de implantes o los procedimientos médicos que conllevan una implantación de prótesis.

En los demás servicios de salud, actualmente no existen pronunciamientos de los jueces o de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto a su catalogación como defectuosos, en caso de que los mismos incumplan medidas de seguridad, ocasiona una problemática respecto a la extensión del Régimen de Responsabilidad por producto defectuoso, de que trata el Título IV del *Estatuto del Consumidor*, la cual obliga al productor o expendedor, a

responder solidariamente por los daños causados por los defectos de los productos, según el artículo 23 de dicha normatividad.

El efecto de la aplicación del Régimen de Responsabilidad por Producto defectuoso, es que tiene una imputación objetiva, es decir que “se configura prescindiendo de su culpa o negligencia, pues no se puede alegar prudencia y diligencia para romper el nexo causal” (Villalba Cuellar J. , 2014, p.28). En efecto, el productor o expendedor sólo se podría eximir de responsabilidad, bajo las causales establecidas en el artículo 22 del *Estatuto del Consumidor*<sup>14</sup>, lo cual generaría una ventaja para el usuario de salud, en un proceso de responsabilidad civil médica. En ese sentido, sólo tendría que demostrar el defecto del servicio prestado, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel, según lo dispuesto en el artículo 23 del *Estatuto del Consumidor*.

Actualmente, el tipo de imputación que se aplica a la responsabilidad médica por obligaciones de seguridad es de tipo subjetivo, lo cual implica que el prestador de servicios de salud tenga que demostrar que tomó todas las medidas de seguridad necesarias para evitar que se generara un evento adverso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad: 05001-31-03-004-2006-00280-01). Por tal razón, el prestador podría exonerarse de responsabilidad, demostrando diligencia y cuidado, a diferencia del *Estatuto del Consumidor*, donde sólo podría alegar causa extraña.

---

<sup>14</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 22. *Exoneración de responsabilidad por daños por producto defectuoso*. Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito; 2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado; 3. Por hecho de un tercero; 4. Cuando no haya puesto el producto en circulación; 5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma; 6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.

Se considera que sería un avance, en el sentido de brindar protección a la vida y salud de la parte débil de la relación de consumo, que los jueces y magistrados admitieran la posibilidad de que el régimen de responsabilidad por producto defectuoso aplicara también a cualquier clase de servicio, incluyendo los de salud. La Corte Constitucional en años anteriores ya había considerado que: “los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1141-2000). Por esta razón, no debería existir distinción entre bien o servicio para que un producto se considere defectuoso. Además, según el artículo 78 de la Carta Política, los comercializadores deben responder no sólo por la seguridad de los bienes, sino también de los servicios.

## **6. PUBLICIDAD**

Como una de las formas de proteger el derecho a la información de los consumidores, en el *Estatuto del Consumidor*, se reguló la publicidad, entendida como “Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo<sup>15</sup>”. (Ley 1480, 2011, Art.5). A esto se puede sumar la concepción de Villalba Cuellar (2017) quien explica que: “la publicidad es el mecanismo por excelencia a través del cual los productores y proveedores promocionan sus productos y servicios en el mercado frente a los consumidores” (Villalba Cuellar, 2017, p.22).

Usualmente suele confundirse la publicidad con el derecho a la información, sin embargo, corresponden a instituciones diferentes, a pesar de que guardan una intrínseca relación, pues ambas buscan proteger al consumidor frente a la información que se les suministra. La Superintendencia de Industria y Comercio, explicó que la información tiene como finalidad

---

14. Ley 1480 de 2011. Artículo 5. Numeral 12.

que el consumidor conozca las características de un bien o servicio, para que tome decisiones de manera informada, mientras que la publicidad tiene como objeto influir en las decisiones de consumo, busca incitar al consumidor a comprar bienes y servicios. (Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Asesora Jurídica, Rad: 18-142794).

Un aspecto importante que es necesario precisar, es que: “el mensaje contenido en la publicidad se compone de elementos objetivos y subjetivos” (Echeverri Salazar & Ospina Gómez, 2015, p.141). Esta distinción reviste una gran importancia, puesto que sólo se genera responsabilidad para el anunciante, respecto de los elementos objetivos de la publicidad, según lo establecido en el artículo 29 del *Estatuto del Consumidor*<sup>16</sup>.

Mediante los elementos objetivos puede comprobarse la veracidad de la publicidad y son las que determinan al consumidor para la compra, pues le brindan la información suficiente para que este se pueda desenvolver en el mercado económico, mientras que los elementos subjetivos son un mero elogio y no brindan información que resulte determinante para las intenciones contractuales del consumidor. (Gómez García & Muñoz Cortina, 2008).

Aclarado lo anterior, se realizan algunas precisiones respecto a la publicidad en los servicios prestados el sector salud. Refiriéndonos primero a las Entidades Promotoras de Salud, debe aclararse que los elementos objetivos de sus anuncios están relacionados con su situación jurídica, económica y técnica, dado que la utilidad económica que estos reciben depende de la cantidad de afiliados que reciban, respecto de los cuales reciben la Unidad de Pago por

---

16. Ley 1480 de 2011. Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad

Capitación, por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios<sup>17</sup>.

Además, las mencionadas empresas no compiten en el mercado con productos ni con precios, razón por la cual no es posible encontrar publicidad, mediante la cual se haga un ofrecimiento de estos, teniendo en cuenta que su competencia es regulada. Sobre el particular, se ha considerado que:

La Ley 100 combina el esquema competitivo de los mercados de aseguramiento y provisión de servicios de salud con la regulación del Estado, a través de sus entes, estableciendo el precio y el producto que las aseguradoras públicas y privadas deben brindar a los usuarios. (Barrera, E., 2017, p.157).

En este orden de ideas, en el numeral 1.4 del Título I de la Circular Externa No. 47 de 2007 de la Superintendencia Nacional de Salud, se reguló la publicidad a cargo de las EPS, estableciéndose prohibiciones, relacionadas con los elementos objetivos mencionados con anterioridad, tales como anunciar profesionales o entidades adscritas que no hagan parte de la red de prestadores de servicios de la entidad, inducir a error a los usuarios sobre la extensión o cobertura de los planes de salud, exclusiones, preexistencias, servicios complementarios, medicamentos, etc.

En lo que respecta a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, no existe una regulación especial, relacionada con la publicidad que emiten, razón por la cual les aplicarían subsidiariamente, las normas del *Estatuto del Consumidor*. En cuanto a los elementos objetivos de sus anuncios, éstos se encuentran relacionados con la calidad del servicio que prestan, prevaleciendo: “las percepciones y consideraciones subjetivas de los usuarios sobre

---

<sup>17</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 183.

las características objetivas de los servicios” (Yépez Chamorro, Ricaurte Cepeda, & Jurado Fajardo, 2018, p.99).

Es importante tener en consideración el derecho a escoger libremente la IPS que prestará los servicios de salud, dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS en la cual están afiliados (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, 2013, T-745). Ya que el usuario, busca acudir a la IPS que preste el servicio en las mejores condiciones de calidad.

Como ya se había mencionado con anterioridad, los elementos objetivos de los anuncios publicitarios que emiten las empresas, generan una responsabilidad para el anunciante, pues “la publicidad es fuente de obligaciones y las menciones informativas (objetivas) contenidas en las piezas publicitarias se incorporan al contrato (Villalba Cuellar J., 2017, p.22).

Por lo tanto, en caso de que una EPS o una IPS anuncien un comercial sonoro o visual, o alguna pieza publicitaria, con información que no corresponda a la realidad, relacionada con los elementos objetivos del servicio que prestan, “sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados” (Flórez Acero & Rodríguez Florez, 2017, p.116).

En principio, el procedimiento administrativo para sancionar a las EPS, lo adelantaría la Superintendencia Nacional de Salud, puesto que el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, modificado por el artículo 3 de la Ley 1949 de 2019, confiere a dicha entidad la facultad de imponer sanciones por incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud, refiriéndonos para el caso particular, a la Circular Externa No. 47 de 2007, prevaleciendo en este caso la norma especial.

Mientras que las IPS tendrían que ser sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, puesto que la Superintendencia Nacional de Salud, no tiene competencia para

sancionar por publicidad engañosa. Por otro lado, en lo que respecta al proceso jurisdiccional para reclamar perjuicios por publicidad engañosa, sería competente la SIC frente a EPS e IPS, puesto que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificada por el artículo 124 de la Ley 1438 de 2011 y artículo 6 de la Ley 1949 de 2009, no le otorgó a la Supersalud, la facultad para resolver casos relacionados con publicidad engañosa.

## **7. PROTECCIÓN CONTRACTUAL FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

El artículo tercero de la Ley 1480 de 2011, contempla el derecho de los consumidores a la protección contractual, la cual consiste en ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, entendido como “aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo” (Posada Torres, 2015, p.143).

La necesidad de proteger al consumidor frente a los contratos de adhesión, surge del desequilibrio entre las partes contratantes, en donde una de ellas, fijaba las cláusulas a su conveniencia, muchas veces en perjuicio de los derechos de los consumidores “lo que conllevaba una nueva distribución de riesgos en la ejecución del contrato a favor de una de las partes, sobre todo aquella ostenta un mayor poder en la negociación” (Jímenez Valderrama & Acosta Rodríguez, 2017).

Debido a la asimetría que se presentan en los contratos de adhesión, el legislador consagró algunas disposiciones, con el fin de evitar el abuso de la posición dominante de los empresarios, estableciéndose en el *Estatuto del Consumidor* un régimen general para los contratos de adhesión.

En el artículo 42 del estatuto, se definen las cláusulas abusivas “como aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”. (Ley 1480, 2011, Art.5). De acuerdo con esta definición, para que una cláusula pueda considerarse abusiva se tiene que presentar “en primer lugar, que la aplicación del pacto en cuestión produzca un desequilibrio injustificado en el contrato y, en segundo lugar, que genere un perjuicio del consumidor”. (Jímenez Valderrama & Acosta Rodríguez, 2017)

En efecto, en el artículo 43 del *Estatuto del Consumidor* fijó un listado de cláusulas, las cuales se consideran que generan un desequilibrio para las partes y por lo tanto son abusivas<sup>18</sup>. Así mismo, se mencionó la ineficacia de pleno derecho como sanción jurídica en caso de que se incluyan en los contratos ese tipo de cláusulas. Sobre este punto la Superintendencia de Industria y Comercio, aclaró que “dichas cláusulas se tendrán por no escritas y no producirán efectos, sin que sea necesario que así lo declare un juez”. (Oficina Jurídica. Rad: 2014-375)

Conforme a lo anterior, no se requiere que el adherente acuda ante un juez para que declare la ineficacia de la cláusula abusiva, ya que se entiende que ésta no hace parte del contrato y no

---

<sup>18</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden; 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden; 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor; 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones; 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo; 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero; 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo; 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal. 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan; 12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles; 14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

produce ningún efecto. Sin embargo, puede suceder que el predisponente siga utilizando la cláusula abusiva a su favor o ésta haya producido efectos, lo cual hace necesario que la parte afectada tenga que acudir a la acción de protección al consumidor para que se declare la ineficacia de la cláusula abusiva.

## **7.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE AFILIACIÓN**

El Sistema de Salud en Colombia opera bajo el modelo del aseguramiento, sin embargo, no se configura como tal un contrato de seguro. Jurídicamente, las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en varios apartados, se refieren propiamente al concepto de “afiliación”. Además, las EPS cumplen una función pública por delegación del Estado, la cual consiste en garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de salud<sup>19</sup>. Para dar cumplimiento a lo expresado anteriormente, el legislador le atribuyó a las EPS ciertas responsabilidades, entre ellas, la afiliación a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización correspondiente conforme a lo establecido en los artículos 156, literal e), 177, 178 y 183 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con la normatividad actual, se puede decir que: “La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es un acto que se realiza por una sola vez, por medio del cual se adquieren los derechos y obligaciones que del mismo se derivan” (Decreto 780, 2016, Art. 2.1.1.3). Otra definición, se encuentra contenida en el título X de la Circular Única Consolidada de la Superintendencia Nacional de Salud del 6 de agosto de 2010, la cual la define como “el acto jurídico, que requiere de la inscripción a una EPS, por medio del cual el usuario y su grupo familiar adquieren los derechos y las obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. (Superintendencia Nacional de Salud, 2010). Así las cosas, para que una persona pueda gozar de todas las prestaciones en salud, dentro del

---

<sup>19</sup> Constitución Política, artículo 49.

Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe manifestar su voluntad de querer afiliarse.

La afiliación cumple con todos los requisitos para la configuración del contrato, ciñéndonos a la definición del Código de Comercio<sup>20</sup>, pues existe un acuerdo de voluntades entre el afiliado y las Entidades Promotoras de Salud, con el fin de crear una relación jurídica, la cual consiste en garantizar un conjunto de beneficios en salud, que se encuentran definidos por la Ley<sup>21</sup>.

El mencionado contrato de afiliación no es de libre discusión, pues todas las condiciones que rigen el acuerdo de voluntades se encuentran definidas en las diferentes normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las cuales no pueden ser negociadas por los afiliados. Sin embargo, tampoco puede considerarse un contrato de adhesión, puesto que para afiliarse sólo se requiere diligenciar un formulario físico o electrónico, que no contiene clausulado y en el cual solamente deben diligenciarse los datos del interesado y aceptar las condiciones para pertenecer al régimen contributivo o subsidiado y el pago de las cuotas moderadoras o copagos, según lo dispuesto en el artículo 2.1.3.1 del Decreto 780 de 2016.

Por consiguiente, en los contratos de afiliación no se presenta predisposición de cláusulas por parte de las Entidades Promotoras de Salud, que puedan considerarse como abusivas y ser atacadas por los adherentes, razón por la cual no habría lugar a la protección contractual contenida en la Ley 1480 de 2011.

---

<sup>20</sup> Código de Comercio. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

## **8. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS AFILIADOS AL SGSSS**

Con fundamento en el inciso 3 del artículo 116 de la Constitución, el legislador puede, por excepción, otorgarles funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas en materia concreta (Puyana Silva, 2017). Debido a lo anterior, algunas Superintendencias cuentan con facultades para resolver conflictos en asuntos que son de su conocimiento. Es así como el artículo 41 de la Ley 1122 de enero 9 de 2007, señala que “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” (Ley 1122, 2007, Art. 41); con lo que se estableció en forma novedosa la “Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud” (Tovar Reyes, 2013).

Los conflictos cuya competencia le fueron asignados a la Supersalud, se encuentran establecidos en la mencionada norma, la cual fue modificada luego por el artículo 124 de la Ley 1438 y finalmente por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019. La mayoría de estos asuntos, están relacionados con las prestaciones en salud y derechos que tienen los afiliados dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de los cuales encontramos: cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios; reembolso de gastos médicos, conflictos derivados de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; controversias relacionadas con la libre elección de entidades aseguradoras e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; disputas que tengan que ver con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios y litigios derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por otra parte, se encuentra la acción de tutela, a la cual pueden acceder los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, considerando el reconocimiento que tiene la salud como derecho fundamental “a partir de las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de tutela, y de manera más importante en la Sentencia T-760 del año 2008” (Gómez García & Builes Velásquez, 2018, p.139).

Tomando en cuenta la mencionada jurisprudencia y más precisamente de la Ley 1751 de 2015 que legisló como derecho fundamental la salud, se puede reclamar por vía de tutela sin demostrar la afectación de otro derecho fundamental.

No obstante, surge la cuestión planteada, respecto a la posibilidad de acudir a la acción de tutela en asuntos que le fueron asignados a la Superintendencia Nacional de Salud, ya que “se puede excepcionar la existencia de otro medio de defensa judicial (dado su carácter subsidiario)” (Tovar Reyes, 2013, p.255). Debido a lo dicho, la Corte Constitucional aclaró que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es principal y, en consecuencia, la acción de tutela presenta un carácter residual, por lo cual sólo procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y además cuando se demuestre que el procedimiento ante la Supersalud no es idóneo o eficaz. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, T-425, 2017).

Esto implica que, en la mayoría de los casos, los afiliados tengan que acudir a la acción jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, la cual no resulta ser tan ágil como la acción de tutela, ya que los plazos para resolver son más extensos<sup>22</sup> y por lo general no se cumplen. La tutela también resulta ser más eficaz para garantizar el acceso a los servicios de salud, puesto que dentro del proceso en el cual se tramita, los accionantes cuentan con el incidente de desacato, lo cual les permite exigir que se cumpla con el fallo, siendo de esta

---

<sup>22</sup> De acuerdo con el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, el plazo para proferir el fallo de tutela es de diez (10) días.

manera un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-367, 2014).

En consecuencia, cuando se incumple un fallo de tutela, los ciudadanos cuentan con la posibilidad de acudir ante el mismo juez y hacerle llegar una queja, para que mediante un proceso incidental, se requiera al accionado para que cumpla con la orden de judicial y en caso de que esto no sea posible, se le imponga arresto de hasta seis (6) meses y multa de hasta 20 salarios mínimos mensuales, conforme al artículo 52 del Decreto 2591 de 1992.

### **8.1. RESIDUALIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS DENTRO DEL SGSSS**

La Superintendencia de Industria y Comercio ha admitido la posibilidad de que los usuarios de servicios de salud adelanten acciones jurisdiccionales ante esa entidad, contra EPS, IPS y Hospitales Públicos, en la medida que la competencia no corresponda a la Superintendencia Nacional de Salud dentro del marco de sus atribuciones (Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Jurídica, Rad. 16-098450). Esta interpretación obedece a lo dispuesto en el artículo segundo del *Estatuto del Consumidor*, que consagra el carácter residual de esta normatividad, incluso en los asuntos jurisdiccionales. Por lo tanto, en caso de que a un ente de control como la Superintendencia Nacional de Salud se le hayan asignado facultades jurisdiccionales, pero no tenga competencia para conocer de asuntos que sí pueda tramitar la Superintendencia de Industria y Comercio, éste será el ente competente.

Para ilustrar esta situación, se trae a colación lo resuelto en un recurso de reposición que resolvió la SIC dentro de un proceso de protección al consumidor, en el cual se debatió su competencia en temas de salud. Luego de verificar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud conferidas en la Ley 1122 de 2007, consideró que no existía norma especial que le atribuye competencia a la mencionada entidad para conocer de tal demanda,

razón por la cual era dicha entidad quien debía resolver la controversia. (Rad: 2015-27978. Auto 92989). En suma, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social se encuentran facultados para instaurar la acción de protección al consumidor ante la Superintendencia de Industria y Comercio, relacionados con las competencias de esta entidad<sup>23</sup>, siempre y cuando no se encuentren contemplados en el listado del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que establece los conflictos que puede conocer la Superintendencia Nacional de Salud.

Sin embargo, en razón de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, no todos los asuntos que conoce la SIC, respecto a los servicios de salud dentro del SGSSS, son demandables mediante la acción de protección al consumidor, sino que deberá revisarse procedencia y necesidad, de acuerdo con lo analizado en el desarrollo de este trabajo investigativo. Por ejemplo, respecto a la reparación de daños causados por información o publicidad engañosa, es viable, en la medida que la Superintendencia Nacional de Salud no es competente para resolver esos conflictos, pero en otros casos, como es la garantía, resulta inviable frente a las EPS, teniendo en cuenta que esa entidad es competente para resolver los conflictos que surjan de la afiliación. En contra de las IPS, es innecesario, pues en caso de que se requiera repetir un servicio, es suficiente con que el médico tratante prescriba el mismo y la EPS lo autorice.

---

<sup>23</sup> La Superintendencia de Industria y Comercio aclaró que mediante la acción de protección al consumidor se tramitan los siguientes asuntos de carácter contencioso, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor: a) La aplicación de las normas de protección contractual contenidas en el Estatuto del Consumidor, sus normas reglamentarias y normas especiales de protección al consumidor. b) La violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios. c) La aplicación de las normas de protección contractual contenidas en el Estatuto del Consumidor, sus normas reglamentarias y normas especiales de protección al consumidor. d) Efectividad de las garantías. e) La reparación de daños causados a bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 del Estatuto del Consumidor. f) La reparación de daños causados por información o publicidad engañosa. (Oficina Jurídica. Rad: 2016-009921)

## **9. RÉGIMEN SANCIONATORIO**

### **9.1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**

La Superintendencia Nacional de Salud (SNS) está legalmente facultada para realizar actividades de inspección, vigilancia y control en prácticamente todos los niveles del funcionamiento de los diversos actores que participan en el sector salud a fin de garantizar la operatividad del SGSSS. (Guerrero, Gallego, Montekio, & Vásquez, 2011, p.152).

Lo anterior, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 1949 de 2019, que faculta a dicha entidad para imponer sanciones a cualquier entidad del SGSSS o funcionario que incurra en alguna de las conductas que vulneren el derecho a la salud y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en la Ley 1949 de 2019<sup>24</sup>, la cual modificó la Ley 1438 de 2011.

En relación con los afiliados, las sanciones proceden contra las EPS, entre otras causales, cuando se vulnere el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes; no se cumpla con los mandatos establecidos en la Ley Estatutaria en Salud; se apliquen preexistencias a los afiliados; se impida u obstaculice la atención de urgencias; violación a cualquier normatividad relacionada con el sistema público de salud y el SGSSS; no se brinde un diagnóstico oportuno a los pacientes, o se incumplan las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud.

---

<sup>24</sup> Ver artículo 3 de la Ley 1949 de 2019

## **9.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

El artículo 59 confiere facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar a las empresas que violen algunas disposiciones contenidas en la Ley 1480 de 2011, siempre y cuando no se le haya asignado esa función a otra autoridad administrativa. Según señala la SIC “El objetivo de una investigación administrativa en materia de protección al consumidor, como lo es la que adelantan las diversas autoridades administrativas del país y en relación con sus atribuciones, es tutelar un bien jurídico de carácter colectivo” (Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Jurídica, Radicado No. 16-098450).

En ese orden de ideas, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad de sancionar cuando se incumpla alguna disposición consagrada en el *Estatuto del Consumidor*, relacionada con el deber de información, calidad, idoneidad o seguridad de los bienes, publicidad o protección contractual, siempre y cuando no se le haya atribuido la competencia a otra entidad administrativa. Cuando se trate de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se observa que es improcedente iniciar un procedimiento administrativo, respecto ciertas competencias de la SIC, ya que éstas fueron conferidas a la Superintendencia Nacional de Salud.

En lo que atañe al derecho a la información, la Superintendencia Nacional de Salud puede imponer sanciones a las EPS, por incumplirse las instrucciones y órdenes impartidas mediante la Resolución 220 respecto a la Carta de Derechos y Deberes. Sin embargo, frente las IPS, la SIC sería el ente competente, ya que la Supersalud no tiene facultad para sancionar esa entidad por violar el derecho a la información. Respecto a las obligaciones de calidad, idoneidad y seguridad, la Superintendencia Nacional de Salud, es el ente competente para

investigar tanto a EPS como IPS, por incumplirse con las normas establecidas en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud y las normas de habilitación.

En cuanto a la publicidad, la Superintendencia Nacional de Salud, es quien tiene conocimiento, para investigar las EPS, por incumplirse las instrucciones impartidas en el título X de la Circular Única Consolidada de la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio es quien tiene facultades para realizar la investigación administrativa contra IPS, ya que la Superintendencia Nacional de Salud, no cuenta con esa facultad. Finalmente, en lo relacionado con la protección contractual, no habría lugar a un procedimiento administrativo sancionatorio, toda vez que, en los contratos de afiliación no se presenta predisposición de cláusulas, aspecto que ya se explicó en un capítulo anterior.

## **CONCLUSIONES**

Los afiliados del régimen contributivo y subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentran protegidos bajo las normas que regulan el derecho a la salud, las cuales tienen como finalidad garantizar el acceso a los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios y demás prestaciones que se derivan de ese derecho, de acuerdo con los principios que lo rigen y en general al derecho fundamental a la salud.

Sin embargo, lo anterior no es óbice para que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, puedan ser protegidos por el *Estatuto del Consumidor*, ya que esta normatividad puede aplicar a cualquier clase de servicios, incluyendo los servicios de salud, es por eso importante resaltar la necesidad de amparar a la parte débil en la relación de consumo que se presenta entre los usuarios con las EPS e IPS, quienes ostentan la información sobre los servicios que prestan, mediante la aplicación subsidiaria de la Ley

1480 de 2011, frente a aspectos no regulados por las normas que regulan el sector salud, pues de esta manera recibirían una doble protección legal, la cual está dada primeramente por los principios, derechos y garantías que consagra el derecho a la salud y en segundo lugar por aquellos que contemplan las normas que protegen a los consumidores,

Ahora bien, revisando la aplicación concreta que podría tener el *Estatuto del Consumidor* en los servicios prestados dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se puede indicar que:

-Respecto al derecho a la información: a pesar de que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se busca materializar el mismo, frente a las EPS, mediante la Carta de Derechos y Deberes y Carta de Desempeño o en relación con las IPS con el consentimiento informado, no existe norma en el sector salud que indique la forma en que debe ser suministrada la información ni la responsabilidad por los daños que ocasione la misma. Por lo tanto, ante la necesidad de llenar esos vacíos, el *Estatuto del Consumidor*, sería un complemento a dichas disposiciones especiales y en todos los demás aspectos, sería aplicable ante la falta de regulación en el sector salud, lo cual permitiría en mayor medida, que los afiliados tomen mejores decisiones, de manera libre e informada, dentro del SGSSS.

- Frente a la calidad, idoneidad y seguridad, se observa que existe regulación suficiente en las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las cuales buscan que se preste el servicio de salud bajo ciertos estándares mínimos, que le permitan a los usuarios recibir una atención adecuada y evitar riesgos en su salud, por lo tanto, resulta innecesaria la aplicación del Estatuto del Consumidor frente a esos aspectos.

- Respecto a la responsabilidad por producto defectuoso, aplicaría a los servicios de salud, cuando se empleen bienes en su realización, de acuerdo con lo señalado por la Superintendencia de Industria y Comercio. Respecto a los demás servicios, los jueces y magistrados no se han pronunciado sobre la posibilidad de que les aplique el mencionado tipo de responsabilidad.

- En lo que atañe a la garantía establecida en el *Estatuto del Consumidor*, la misma es improcedente frente a las EPS, ante la imposibilidad de solicitar la devolución del dinero, en razón de que los aportes a Seguridad Social, Cuotas Moderadoras y Copagos, son dineros públicos. En relación con la repetición del servicio, los afiliados cuentan con otros mecanismos, para reclamar los derechos que se derivan de la afiliación al SGSSS.

- Respecto a las IPS, en caso de una mala praxis médica, que implique que se realice nuevamente un procedimiento, se requiere solamente de la prescripción del médico tratante, para que sea autorizada nuevamente por la EPS, por lo tanto, resulta innecesario exigir la repetición del servicio mediante la garantía establecida en el Estatuto del Consumidor.

- En lo que concierne a la publicidad, dentro del Sistema General de Seguridad Social, existen disposiciones que regulan la misma respecto a las EPS. Sin embargo, las IPS no cuentan con norma especial que regule la publicidad que emiten, por lo tanto, en este caso aplicaría de forma subsidiaria el *Estatuto del Consumidor*. No obstante, ambas empresas estarán obligadas a responder frente a la publicidad engañosa, en los términos de la Ley 1480 de 2011, ya que las normas que regulan el derecho a la salud, no contemplan esta responsabilidad. De esta forma, las EPS o IPS, estarían obligados a indemnizar a los afiliados

por los perjuicios que estos sufran, cuando hayan tomado una decisión con base en un mensaje publicitario que no corresponda a la realidad.

- En lo que respecta a la protección contractual, no se encuentra aplicación alguna del *Estatuto del Consumidor*, debido a la particularidad que tienen los contratos de afiliación, donde no se requiere firmar un contrato con cláusulas predispuestas, para entrar al Sistema, sino simplemente diligenciar un formato.

- La Superintendencia de Industria y Comercio es competente para conocer de demandas contra EPS e IPS, en caso de que la Superintendencia Nacional de Salud, no tenga esa facultad de acuerdo con las funciones jurisdiccionales que se le atribuyeron en la Ley 1122 de 2007, para lo cual deberá revisarse la pertinencia y necesidad de iniciar un proceso de protección al consumidor, pues en algunos casos resulta viable acudir ante la SIC, como ocurre con la publicidad engañosa y en otros no, como es el caso de la efectividad de la garantía.

- El procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio, aplica en los casos de que la Superintendencia Nacional de Salud, no cuente con esa facultad.

<b>POSIBILIDAD DE APLICAR EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR EN LOS SERVICIOS PRESTADOS DEL SGSS</b>	
<b>DERECHO A LA INFORMACIÓN</b>	Es posible en la medida de que el Estatuto del Consumidor, puede complementar las normas especiales que regulan la información en el sector salud o aplicar todo su contenido cuando no exista regulación especial.
<b>CALIDAD, IDONEIDAD Y SEGURIDAD</b>	No se observa necesidad de aplicar el Estatuto del Consumidor, pues las normas que regulan el SGSSS, regulan estos aspectos de forma suficiente.
<b>RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO DEFECTUOSO</b>	Aplica cuando se empleen bienes en la prestación del servicio
<b>GARANTÍAS</b>	Es improcedente, ante la imposibilidad de solicitar la devolución del dinero y la existencia de otros mecanismos para solicitar que se preste el servicio adecuadamente.
<b>PUBLICIDAD ENGAÑOSA</b>	No existe norma especial, que proteja a los afiliados del SGSSS frente a la publicidad engañosa, por lo tanto, el Estatuto del Consumidor podría aplicar en este aspecto.
<b>PROTECCIÓN CONTRACTUAL FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABSUVIAS</b>	No tiene aplicación el Estatuto del Consumidor frente a los afiliados al SGSSS, toda vez que en la afiliación no hay predisposición de cláusulas.
<b>ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ANTE LA SIC</b>	Tiene lugar de forma residual, cuando no se le haya conferido competencia a la Superintendencia Nacional de Salud.
<b>PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ANTE LA SIC</b>	Procede en los casos de que la Superintendencia Nacional de Salud, no cuente con esa facultad.

## Referencias

- Arenas Monsalve, G. (2009). Derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá D.C.: Legis.
- Ariza Buitrago, I. & Páez Paredez, M. (2016) La Garantía Mínima Legal y la (Des)protección del Consumidor: Un Análisis Comparativo Entre Estados Unidos y Colombia. Revista Derecho Privado No.56, 1-27.
- Barrera, E. L. (2017). La Salud en Colombia: Entre el Derecho a la salud y la Racionalidad Económica del Mercado. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- De la Cruz Camargo, D. M. (2019). La garantía legal y la responsabilidad por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del Consumidor. Revista Con-Texto No. 52, 11-35.
- Defensoría del Pueblo. (2015). La Tutela y los Derechos a la Salud y a la Seguridad Social. Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo.
- Díaz Granados, J. M., & Paredes Cubillos, N. (2009). Sistema de salud en Colombia. Cobertura, acceso y esquemas de financiación. Visión de futuro desde el aseguramiento. En M. L. Villareal, Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008 (págs. 29-52). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Echeverri Salazar, V., & Ospina Gómez, J. (2015). La regulación de la publicidad en el nuevo Estatuto del Consumidor. Implicaciones desde la teoría del contrato. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. Vol. 14 No. 28, 135-158.
- Echeverría García, L. (2014). La garantía legal para empresarios. Revista de Derecho Privado. No. 52., 1-29.
- Fernández Muñoz, M. L. (2013). El consumo en los servicios de salud. En J. M. Gual Acosta, & J. C. Villalba Cuellar, Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales. (págs. 512-529). Bogotá D.C.: Editorial Ibáñez.
- Flórez Acero, G. D., & Rodríguez Florez, J. C. (2017). La publicidad engañosa: estudios críticos. JUS privado No.11, 95-132.
- Gañán Echevarría, J. L. (2014). Derecho a la Salud y Mercado. Casos Colombia y Latinoamérica. Estudios de Derecho Vol. 71, No. 157., 131-155.
- Gañán Ruiz, J. L. (2011). De la Naturaleza Jurídica del Derecho a la Salud en Colombia. Estudios de Derecho. No 151., 187-212.
- Gómez García, C. A., & Muñoz Cortina, S. H. (2008). Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. Estudios de Derecho. Vol 65. No. 145., 259-287.

- Gómez García, C., & Builes Velasquez, A. (2018). El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: Una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol 48. No. 128., 136-167.
- Guerrero , R., Gallego, A., Montekio, V., & Vásquez , J. (2011). Sistema de salud de Colombia. *Salud Pública Mex*. Vol 53. Supl 2., 144-155.
- Jímenez Valderrama, F., & Acosta Rodríguez, J. (2017). Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. En F. J. Valderrama, *Estudios de Derecho del Consumo* (págs. 237-306). Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana.
- Lamprea Montealegre, E. (2015). Derechos en la práctica: jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014). Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Leuro Martínez, M., & Gutierrez Roa, C. (2017). *Contratación para los servicios de salud*. Bogotá D.C.: ECOE Ediciones.
- López Camargo, R. (2009). Derechos derivados del consentimiento informado en la prestación del servicio médico en Colombia. *Iustitia*, 175-185.
- Mantilla Rojas, E. (2016). El derecho a la salud y sus principales vicisitudes en el régimen contributivo. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Mejía Aramburo, S. (2014). Impacto de la ley 1480 de 2011: estatuto del consumidor en el sector asegurador colombiano. *Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 13-49.
- Ministerio de Salud y Protección Social. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 201711602395121
- Moreno Vásquez, M. (2014). Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto. *Revista de derecho privado* No. 51, 1-27.
- Morgestein Sánchez, W. I. (2015). El concepto de información en el Estatuto del Consumidor Colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011. *Estudios Socio Jurídicos*. Vol 17. No.1, 195-217.
- Ossa Gómez, D. (2013). Definición, delimitación y análisis del ámbito de aplicación del Nuevo Estatuto del Consumidor. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Económicas*. Vol 43., 407-441.
- Pérez Forero, A. C. (2014). El Estatuto del Consumidor y la Prestación de Servicios de Salud, Convergencias y Divergencias. *Prólogo y Valores*. Vol 17. No. 34, 78-95.
- Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de derecho privado*. No. 29. , 141-182.
- Puyana Silva, A. (2017). *El subsistema de seguridad social en salud*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Ramírez , A. M., Rocha Beltrán, D. E., Durango Suarez, L. H., & Rodríguez Álvarez, S. (2016). Implicaciones de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 sobre las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo. *Revista CES Derecho Volumen 7 No.2 Julio-Diciembre*, 13-41.

- Sayas Contreras , R. E., & Mercado Verbel, J. S. (2018). La cirugía estética como relación de consumo. *Opinión Jurídica*, Vol. 17, N° 33, 199-219.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 18-142794
- Superintendencia de Industria y Comercio. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 16-098450
- Superintendencia de Industria y Comercio. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 16-160560
- Superintendencia de Industria y Comercio. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 14-375
- Superintendencia de Industria y Comercio. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 12-034061.
- Superintendencia Nacional de Salud. Oficina Asesora Jurídica. Rad: 14-065261
- Tovar Reyes, S. L. (2013). Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. *Criteri Jurídico*. V.13, No. 1., 247-266.
- Villalba Cuellar, J. (2014). La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. *Civilizar*. Vol 14. No. 27, 17-40.
- Villalba Cuellar, J. (2017). La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales del derecho colombiano. *Revista de derecho privado* No.32, 279-313.
- Villalba Cuellar, J. C. (2011). Los Contratos de Consumo en el Derecho Colombiano y el Derecho Comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*. Vol 19. No.2., 171-195.
- Villalba Cuellar, J. C. (2012). Análisis de la Ley 1480 de 2011, que reforma el Estatuto de Protección al Consumidor en Colombia. *Principia Iuris*. No. 17, 32-63.
- Villalba Cuellar, J. C. (2012). *Introducción al derecho del consumo*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.
- Woolcott, O. (2014). Nuevas Dimensiones de la Protección del Paciente: En la Responsabilidad Médica, el Derecho a la Salud y el Estatuto del Consumidor. *Revista Principia Iuris* No.22, 237-266.
- Yépez Chamorro, M. C., Ricaurte Cepeda, M., & Jurado Fajardo, D. M. (2018). Calidad percibida de la atención en salud en una red pública del municipio de. *Universidad y Salud*. Vol 20. Número 2., 97-110.