

Pérez Forero, Andrea Carolina
EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD,
CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS
Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XVII, núm. 34, julio-diciembre, 2014, pp. 78-95
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87633272006>

EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD, CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS*

Andrea Carolina Pérez Forero**

Fecha de recibido: 19 de marzo de 2014.

Fecha de aprobado: 18 de julio de 2014.

Artículo de reflexión

Forma de citación: Pérez, A. (2014). El estatuto del consumidor y la prestación de servicios de salud, convergencias y divergencias. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 17, 34, 78-95.

Resumen

A partir de un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, el presente artículo pretende establecer el alcance o ámbito de aplicación que ostenta la ley 1480/2011, actual Estatuto del Consumidor, en relación con la prestación de los servicios de salud. Para ello se estudiará la compatibilidad que aguarda con el régimen especial del sistema de seguridad social en salud, tomando como punto de referencia la premisa impuesta por el mismo Estatuto que apunta a la subsidiariedad de su aplicación ante la prevalencia del régimen especial existente. Las implicaciones que directa o indirectamente pudiera tener el Estatuto sobre la materia, se estudiarán a la luz de diferentes normas que atañen al sector salud desde diferentes niveles de complejidad, abarcando el análisis de disposiciones ordinarias y de normas de rango constitucional.

Palabras clave:

Estatuto del Consumidor, sistema general de salud, usuario, consumidor, servicio público.

THE CONSUMER'S STATUTE AND HEALTH CARE SERVICES, CONVERGENCES AND DIVERGENCES

Abstract

From a normative, doctrinal and legal analysis, the purpose of the present article is to establish the range of application held by the 1480/2011 law, current consumer's statute, regarding health care services. To this end, its compatibility with the special regime of health social security system will be studied, taking as a reference point the premise imposed by the statute itself, which aims

* Este artículo es resultado de la investigación “Repercusión del Estatuto del Consumidor en la prestación de servicios de salud”, financiada por el Fondo de Investigaciones de la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada (UMNG). Dicha investigación pertenece a la línea “Derecho Económico y de los Negocios” del Grupo de Derecho Privado adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UMNG.

** Abogada *magna cum laude* de la Universidad Militar Nueva Granada. Especialista en Derecho Contractual y en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Diplomada en Docencia Universitaria, Didáctica Universitaria y Diseño y Aproximación de TIC. Jefe del área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Docente de planta e investigadora en la misma facultad. Correo electrónico: andrea.perez@unimilitar.edu.co

to the subsidiarity of its application before the prevalence of the existent special regime. The implications the statute can directly or indirectly have on the subject will be studied, taking into account different rules concerning health sector from different levels of complexity, covering the analysis of ordinary dispositions and rules of constitutional range.

Key words:

Consumer's statute, health general system, user, consumer, public service.

O ESTATUTO DO CONSUMIDOR E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE, CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Resumo

A partir dum análise normativo, doutrinal e jurisprudencial, o presente artigo pretende estabelecer o alcance ou âmbito de aplicação que ostenta a lei 1480/2011, atual Estatuto do Consumidor, em relação com a prestação dos serviços de saúde. Para isso será estudada a compatibilidade que aguarda com o regime especial do sistema de segurança social na saúde, tomando como ponto de referência a premissa imposta pelo mesmo Estatuto que aponta à subsidiariedade da sua aplicação ante a prevalência do regime especial existente. As implicações que direta ou indiretamente pudera ter o Estatuto sobre a matéria, serão estudadas à luz de diferentes normas que referem-se ao setor saúde desde diferentes níveis de complexidade, abrangendo o análise de disposições ordinárias e de normas de rango constitucional.

Palavras chave:

Estatuto do Consumidor, sistema geral de saúde, usuário, consumidor, serviço público.

INTRODUCCIÓN

Pensar en la aplicación del Estatuto del Consumidor en relación con el servicio de salud deriva de dos visiones totalmente opuestas. En principio y desde una óptica protecciónista, la que alude al uso para proteger a los pacientes, a los usuarios del servicio de salud, es decir, como una herramienta jurídica garantista, un conjunto de normas de orden público que permiten que el extremo más débil de la relación contractual se halle amparado por disposiciones normativas. Por otro lado, desde la óptica que apunta a introducir, desde la misma norma, al sector salud en una lógica de mercado. Lógica que a la fecha no guarda punto en común con los fines del Estado porque sus objetivos son abiertamente diferentes, con lo que este último enfoque puede ser sumamente peligroso en términos prácticos.

En ese orden de ideas, resulta necesario abordar este trabajo desde dos perspectivas, las cuales se confrontarán en la conclusión a fin de determinar la complementariedad o repelencia entre los regímenes existentes que regulan la materia. La primera con relación al estudio del derecho del consumo y del Estatuto del Consumidor, temas relativamente recientes en la normatividad colombiana. Por otro lado y con el propósito de consolidar un estudio acucioso del tema, es menester conocer acerca del sistema general de salud en Colombia, dándole una mirada rápida y concisa a su evolución desde los años noventa. Y es que, como se expondrá, desde la expedición de la Constitución Política de 1991 los cambios que tendría el Estado colombiano se hacían previsibles. Justamente, uno de esas transformaciones se vincula con la participación de particulares en la prestación de servicios pú-

blicos, y que daba paso al modelo económico liberal que se separaba del intervencionismo que predicaba el Estado colombiano hasta ese momento. El ingreso de los particulares a esta amplia esfera integrada por la prestación de servicios públicos, cobijó también al sector salud, propiciando que la competencia generara mejor calidad de los servicios. Las bases sobre las cuales empezó a edificarse el nuevo sistema parten de las leyes 100/1993 y 1120/2003; leyes que se analizarán en el documento, y que ayudarán a determinar el alcance de las disposiciones en materia de garantías y protección contractual en el régimen propio de los servicios de salud y en el nuevo Estatuto del Consumidor.

Así las cosas, puede decirse que el interrogante sobre el que versa el problema de investigación planteado se remite a cuestionar si ¿puede efectivamente hablarse de la aplicación de la ley 1480/2011 –Estatuto del Consumidor–, a los servicios de salud, considerando que el concepto de paciente se equipara al de usuario de un servicio? Y sobre el particular vale la pena cuestionar si ¿existe seguridad jurídica, respecto de lo establecido en materia de protección contractual, para el consumidor de los servicios de salud?

METODOLOGÍA

Para darle respuesta a la pregunta propuesta, se emprendió una investigación básica, jurídica y teórica, con el objeto de estudiar el andamiaje normativo que rige actualmente el tema de protección al consumidor, haciendo énfasis en el estudio de las normas que establecen, por una parte, una serie de garantías en relación con el servicio de salud que le ha sido prestado, y por otra, una protección contractual considerable desde la óptica del deber de información que para con el usuario tienen los prestadores de servicios de salud; y del análisis de la condición de estos para identificar si pese a lo dispuesto, existen deficiencias o contradicciones normativas que impidan o limiten la efectiva protección de los derechos de los consumidores de estos servicios.

Se emplea además un método teórico de tipo analítico, que se soporta en la investigación exploratoria y permite discernir las normas aplicables y la posible coincidencia o contradicción de la aplicación del Estatuto del Consumidor al servicio de salud. De igual forma, se considerará inicialmente un método histórico, para la determinación crítica de los antecedentes de la regulación vigente. Así, el problema de investigación resulta ser de reciente tratamiento, como la ley objeto de estudio; lo que hace que sea un tema novedoso, cuyo desarrollo tendrá un carácter hermenéutico que se dará en consideración al manejo doctrinario, jurisprudencial y legal que se le ha dado al tema de las garantías en la prestación de servicios, puntualmente, al servicio de salud; así como al deber contractual de información previsto dentro de la protección contractual ofrecida en el Estatuto del Consumidor; y en atención a la interpretación que de las normas como tal pueda hacerse, lo que servirá para determinar la seguridad jurídica de la regulación existente y la suficiencia de la misma. Otra de las herramientas que se empleará para dar respuesta a la pregunta de investigación se materializa a través del uso de algunos referentes de derecho comparado, lo que ayudará a conocer la forma en la que otras regulaciones han manejado la relación consumo/salud/calidad.

DERECHO DEL CONSUMO

Para el estudio de los temas que convocan este escrito es menester hacer un breve y conciso recorrido en torno a los objetivos que persigue el derecho de consumo, su llegada a la normativa colombiana y su consolidación como un estamento a favor de los consumidores. La aparición del derecho del consumo, siguiendo a Villalba (2012), deviene de la necesidad de “regular las relaciones jurídicas de los ciudadanos cuando estos actúan en el mercado bajo ciertas circunstancias” (Villalba, 2012, p. 17); de la misma manera, el autor menciona que la regulación de esta materia fue consecuencia del desarrollo en Occidente, el hombre pasó de ser una simple estadística económica y de mercado

para convertirse en un sujeto con derechos, protegidos en principio por organizaciones en Estados Unidos apoyadas por las autoridades políticas y ejecutivas (Villalba, 2009). Puede decirse entonces que el desequilibrado juego económico y la lógica de mercado fueron los elementos clave para el desarrollo de normas que impidieran el abuso de la posición dominante frente a la del consumidor, débil por naturaleza.

La tendencia de regular todo lo que se refiriera al consumidor llegó a Europa después de bastantes luchas y movimientos (Villalba, 2012). Así, en la reunión de jefes de Estado de 1972 que tuvo lugar en París se abrió una puerta a la protección de los consumidores¹.

Para el caso colombiano, el primer Estatuto del Consumidor que existió se adoptó por medio del decreto 3466/1982, expedido por el presidente en virtud de la ley 73/1981 que le otorgó la facultad para regular el tema. Posteriormente, con la Constitución Política de 1991, se le concede rango constitucional al derecho del consumo. La Constitución Política de Colombia abrazó la necesidad de proteger al consumidor identificado como el extremo más débil en la relación de consumo; en la disposición 78 del articulado constitucional se evidencia el marco general del derecho del consumo:

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.

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.

¹ “[...] se determinó que la comunidad debería buscar, ir más allá de la expansión económica y propender por mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus ciudadanos, para lo cual deberían adoptarse nuevas políticas en materia de mejoramiento de las medidas adoptadas para proteger a los consumidores” (Villalba, 2009, p. 80).

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

En atención al artículo aparecen cuestiones clave como la calidad y la información que debe proveerse al público tanto de bienes como de servicios, este llamado deber de información recae sobre los productores, Villalba (2009) resalta que ese deber se dirige a generar en los consumidores un conocimiento “veraz suficiente y claro” sobre las “características, utilidad, forma de utilización, contraindicaciones [...]” (Villalba, 2009, p. 90), es decir, generalidades y especificidades del bien o servicio que lleven al consumidor a decidir libre y conscientemente sobre el producto y así evitarse un daño.

Se hace también referencia a la responsabilidad en aquellos casos que termine el bien o el servicio, afectando la salud y la seguridad de las personas, lo que se traduce en la salud de los consumidores, de lo contrario, si se llegase a materializar un daño en su vida, o en su integridad por el bien o servicio, tendrá el productor que indemnizarlo. Además, se alude al principio de participación que conlleva a un papel activo de las organizaciones de consumidores y usuarios respecto de los temas que les atañen directamente.

Con este panorama se llegó a la expedición del Estatuto del Consumidor, norma que se estudiará brevemente con el fin de conocer cuáles son las repercusiones que tiene en el sector de los servicios y por supuesto, en relación con los usuarios.

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Vale la pena señalar que el Estatuto es una norma de carácter general que por sus disposiciones tiene aplicación subsidiaria ante la existencia de regímenes especiales, verbigracia, los que aplican a los sectores de servicios públicos, financiero, de telecomunicaciones, etc. Sin embargo, el

postulado general es que la norma es válida para “todos los sectores de la economía, a todo tipo de consumidores y a cualquier relación de consumo” (Díaz, 2012, p. 49).

El primer título del Estatuto contiene importantes directrices para la aplicación de las normas contenidas allí en favor de los consumidores, hecho que resulta nuevo para la historia legislativa del país en ese tema (Villalba, 2012). En la primera parte del articulado se resalta el objetivo de la ley, cual es la protección, promoción, garantía de libre ejercicio de derechos, respeto a la dignidad e intereses económicos de los consumidores, haciendo especial énfasis en: protección, respecto de los riesgos a la salud y seguridad de los consumidores; información adecuada que permita tomar decisiones acertadas; educación del consumidor, esto es, recibir la información necesaria que posibilite la actuación de los consumidores en pro de la efectividad de sus derechos; y participación en organizaciones pro consumidores y especial protección para menores de edad en su rol de consumidores. Como se evidencia, dicha normatividad se convierte en una verdadera elongación del mandato constitucional para la protección de los consumidores.

Conforme a las definiciones consagradas en el artículo 5º de la ley 1480 del Estatuto del Consumidor, se rescata el concepto de “usuario”, el cual resulta ser el indicado para referirse al destinatario de la prestación de un servicio. En términos del Estatuto, la denominación de consumidor encapsula la de usuario, no obstante y en aras de una mayor claridad conceptual, sirve tomar la definición de usuario de Ossorio: “el que usa con frecuencia una cosa o es cliente de un servicio” (Ossorio, 1981, p. 770). Vale la pena recalcar que el término consumidor tiene una limitante, con lo que no todos son consumidores; no se entenderá por tal aquel que realice el negocio jurídico con el propósito de emplear el bien para su actividad económica (Cámara de Comercio de Medellín, Foro del Jurista, 2012).

En el caso de la calidad, la idoneidad y la seguridad de los productos, estos se ven regulados con

detalle en el artículo 6º, en el que se establece la responsabilidad que deviene de aquel que tiene la obligación de garantizar la idoneidad, esto es, la capacidad del servicio o del producto para satisfacer la necesidad que se pretende, y la calidad de todos aquellos productos o servicios que se coloquen en el mercado. Aquí aparece también la responsabilidad, que se configura, de los productos defectuosos que ocasionen daños al destinatario final o usuario.

La garantía legal resulta ser de mayúscula importancia en el caso de que se vean vulnerados los principios de “calidad, idoneidad, seguridad y buen estado o funcionamiento de los productos”, esto consagrado en la disposición 7º del Estatuto; en su segundo inciso se determina que en las obligaciones de medio, la garantía no se dirige al resultado, sino por el contrario, a las condiciones de calidad que rodearon la prestación misma del servicio. Cuando proceda la garantía, en términos de prestación de servicios, contempla la ley en su artículo 11 numeral 3º que ante el incumplimiento, el consumidor podrá, a su libre albedrío, señalar si desea la prestación del servicio o la devolución del dinero que canceló por el producto. Este asunto se estudiará más adelante en la contraposición de las tesis de Estatuto del Consumidor y normas de salud.

En lo relativo a la información hay que decir que constituye, una de las piedras angulares del derecho de consumo (Villalba, 2012). Y es que en definitiva, un vínculo que se origine en medio del mercado trae consigo el desequilibrio casi que implícito: el manejo completo de los tecnicismos lo tiene el productor del bien o el proveedor del servicio, el poder de la información radica en quién es la parte más fuerte de la relación de consumo y al consumidor no le queda más que tomar una decisión conforme a los datos que tiene, suministrados también por ese extremo dominante. El Estatuto expresa que la información debe ser: clara, comprensible, veraz, suficiente, oportuna y verificable, de manera que el consumidor pueda tomar una decisión libre y con todos los fundamentos del caso (Villalba, 2012). En Colombia, entidades como la Superintendencia de Industria

y Comercio, señalan que la información no solo tiene que ser veraz, sino también suficiente; esta suficiencia de la información apunta a garantizar que la decisión del consumidor sea razonable (Oficina Jurídica, SIC, 2010).

En los términos expuestos, los cuales dan cuenta del estado general en que se encuentra nuestro actual derecho del consumo se hará una “pausa” en aras de conocer la posible repercusión de lo plasmado en el Estatuto, en el sistema de salud. Por lo tanto, es necesario esbozar brevemente el sistema general de la seguridad social, para luego hacer alusión a lo atinente a la salud, siendo esta apenas uno de sus componentes. De la salud se hará referencia a algunos de los fundamentos del sistema general y las regulaciones concernientes al servicio prestado.

SISTEMA GENERAL DE SALUD

La descripción que a partir de este punto se realizará sobre la salud, debe remontarse a la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 y por supuesto, a las leyes que posteriormente se promulgaron para cumplir con los objetivos que la nueva Carta Política se había trazado en la materia.

La salud en nuestro ordenamiento jurídico pasó de ser un mal catalogado derecho de segunda generación, a ser uno “fundamental”, gracias a la intervención del Tribunal Constitucional. Por ahora es pertinente conocer acerca del marco constitucional de la salud, que ha sido contemplada como un derecho, y un deber del Estado.

La parte que para el caso concierne del texto constitucional gravita entre los artículos 48 y 50, dedicados a la seguridad social y a la salud. En principio se establece que la seguridad social es un servicio público². La importancia de la seguridad

social es evidente, y no puede pasar desapercibida en un Estado social de derecho. La persecución por la humanización de las relaciones sociales es un fin dentro de nuestro ordenamiento constitucional, y la herramienta escogida por el Estado para cumplirlo es la seguridad social (Legis, 2012). El artículo 48 señala que la seguridad social es un servicio público permanente, “lo cual obliga al Estado a participar en su financiamiento y en la prestación del mismo, y como un derecho colectivo” (Legis, 2012, p. 20).

Teniendo el artículo 48 como marco constitucional, el legislador expide la ley 100/1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”; norma que se convierte en la columna vertebral del sistema de seguridad social en Colombia, conformado por: el sistema general de pensiones, el sistema de seguridad social en salud, el sistema general de riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios.

Pero, ¿cuál era la situación antes de la reforma, es decir, qué se pretendía combatir con la nueva normatividad? Dentro de los grandes retos que se buscaba conquistar estaba la “cobertura”, considerando que para el año de 1990 solo un 31 % de los colombianos contaba con seguridad social (Santa, 2011). Recordemos que antes de la ley 100/1993 –y con ella la implantación del sistema integral de seguridad social–, el sistema de salud estaba conformado por: (i) el sistema de seguridad social; (ii) el sector público; y (iii) el sistema privado; en el primero se encontraban las cajas de compensación, el Instituto de Seguros Sociales (dispuesto para el sector privado) y la Caja Nacional de Previsión Social (dirigida a empleados públicos), por el otro lado, el sector público, se focalizaba en aquellas personas que no tuvieran los recursos para acceder al sistema privado y estaba compuesto por hospitales y centros de salud (Santa, 2011).

² En este punto es menester definir la seguridad social integral, como el “conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad, para mejorar la calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que

el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr establecer el bienestar individual y la integración de la comunidad” (Legis, 2012, p. 19).

Ante el desolador panorama de cobertura, el sector público debía atender al 70 % de la población colombiana, todo ello soportado en mesadas que provenían de la nación. La burocracia se desplegó en el ámbito seccional y logró convertir los sistemas en ineficientes y corruptos, aunado a ello se encontraban las crisis hospitalarias y laborales. Señala Santa (2011) que los problemas que se presentaron son propios de espacios en los cuales el Estado es el proveedor del servicio.

Con base en las dificultades e inconvenientes que evidenciaba el sistema, se optó por una reforma que llegaba con principios y directrices diferentes, entre ellos, y en lo relativo a la atención de la salud, el “modelo de cobertura universal y la competencia derivada de la libre escogencia por un usuario consciente de la calidad y de los costos” (Patiño, 2005, p. 173).

Las propuestas del nuevo sistema eran precisas, como primera medida se perseguía la libre competencia entre empresas que permitiera una mayor calidad en la prestación del servicio de salud, situación que en la actualidad no se cumple (Rocha-Buelvas, 2012). Con el objetivo de asegurar una mejor cobertura y la estabilidad del sistema, desaparecieron los sectores público y privado y se establecieron dos regímenes: el régimen contributivo³ y el régimen subsidiado⁴; y finalmente, se encontraba un grupo que estaba en tránsito de afiliarse a alguno de los dos regímenes, a estos últimos se les llamaba “vinculados” (Santa, 2011).

Para acceder a los servicios se estandarizaron los recursos por afiliado, es decir, se adoptó la Unidad de Pago por Capitación (UPC), con esta medida se buscaba que el factor económico –en otras palabras, el precio de los productos y servicios– no fuera la razón de competencia

³ A este régimen pertenecerán todas aquellas personas que tienen alguna vinculación laboral y por ende están en la capacidad de aportar pagos, bien sea en su calidad de trabajadores formales, independientes o pensionados (Ministerio de Salud y Protección Social, 2004).

⁴ Dirigido a aquellas personas que no tengan recursos para contribuir al sistema, es decir, la población más desfavorecida.

entre las compañías de aseguramiento, sino que fuera la calidad del servicio la que sirviera como parámetro de selección entre las personas que pertenecieran al sistema (Santa, 2011).

La situación de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) también cambiaría radicalmente, ya que los ingresos que dependían principalmente del Estado ahora provendrían de las compañías de aseguramiento que tenían la opción de escoger con qué IPS contratar para la prestación de los servicios de sus afiliados. La competencia allí, según Santa (2011), estaba sujeta a la calidad y precio ofrecido por la IPS. La posición del Estado frente al servicio de salud era clara: llevar la libre competencia como bandera del sistema general de la seguridad social en salud con el objetivo de mejorar la calidad del servicio; las actuaciones del Estado podrían llamarse, en alguna medida, pasivas, pues estarían encargadas de “intervenir el mercado otorgando información a los usuarios [...] sancionando la elección de riesgos por parte de las aseguradoras (selección adversa de los asegurados) y previniendo la formación de carteles y monopolios dentro de las EPS y las IPS” (Santa, 2011, pp. 35-36).

Poniendo de presente los antecedentes y lo que se buscaba con la reforma, es necesario pasar a los principios básicos del sistema de seguridad social integral, ya que de ellos se desprende la discusión de si realmente ha sido o no eficaz el planteamiento de la ley 100/1993, pues la realidad puede no obedecer a lo que en un primer momento quiso conseguirse por medio de la norma. En una primera instancia hay que exaltar el principio de eficiencia que se traduce en la:

[...] mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente (Legis, 2012, p. 21).

Podría decirse que la eficiencia es la razón más poderosa que ha empleado el Estado para permitir la libre competencia entre empresas aseguradoras.

ras, con el objetivo de garantizar la calidad en la prestación del servicio de salud, que se había visto troncada por la inoperancia de los agentes estatales antes de la ley 100/1993; los excesos burocráticos y la desviación de fondos públicos, empujaron al administrador a buscar otras soluciones.

La universalidad es otro de los principios vertebrales del nuevo sistema, se procura de forma clara y directa la protección de todas las personas que habitan el territorio nacional, “sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida” (Legis, 2012, p. 21). Aquí, con este principio se proponía el Estado lograr la cobertura total o plena de los colombianos, tema que como ya vimos rodeaba nada más el 30 % en los años noventa.

Aunado a ellos, se encuentra quizá uno de los principios más sobresalientes, la solidaridad:

Es la práctica de la *mutua ayuda* entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

[...] obligación de la sociedad entera de brindar protección a las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento mínimo vital y el de su familia (Legis, 2012, p. 21).

Se alude con gran resonancia a este principio porque una vez más se muestra cómo algunos aspectos fundantes de la Constitución Política se trasladan con el objetivo de garantizar los derechos y prerrogativas que existen en favor de los colombianos, y es que en la actualidad no podría pensarse con la Carta que tenemos, en una sociedad ególatra. Por el contrario, un Estado social de derecho como el colombiano debe apoyarse en los administrados para lograr de alguna forma la superación de las grandes dificultades sociales, culturales, económicas y políticas, porque es una tarea de todos.

Con la reforma, y en aras de poner en práctica aquellos principios y normas rectoras que acabamos de revisar, aparecen en escena tres

actores fundamentales para la administración y la prestación efectiva de los servicios, nos referimos a las Entidades Promotoras de Salud (EPS)⁵, Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS)⁶ e IPS⁷. Las EPS y las ARS “se comportan, como compañías aseguradoras (administran los riesgos y el dinero que remunera este servicio” (Santa, 2011, p. 40) y en el caso de las IPS nos encontramos con quienes “proveen directamente el servicio” (Santa, 2011, p. 40).

Después de conocer, de forma sucinta, los actores que incursionaron en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es necesario pasar al estudio normativo de todas aquellas disposiciones que conforman el universo jurídico de la salud y su regulación en términos de calidad, lo que consolida uno de los intereses fundamentales del paciente, siendo el usuario o consumidor de estos servicios. Para empezar es importante hacer referencia al artículo 49 de la Constitución Política de Colombia según el cual:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del

⁵ Las EPS son las entidades, según la ley 100/1993 disposición 177, que se encargan de afiliar y registrar a los afiliados. Además de ello deberán recaudar las cotizaciones que vayan dirigidas al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), institución responsable de administrar el Sistema General de Seguridad Social en Salud. De igual modo, se establece en la ley que su función es organizar y garantizar de la manera más expedita, la prestación del plan obligatorio de salud (ley 100/1993, art. 162), que determina el gobierno y rige para todos los afiliados. También será labor realizar los giros a favor del Fosyga que tengan lugar de la diferencia entre los ingresos por cotizaciones y las unidades por capitación. Valga la pena señalar que las EPS pueden escogerse de forma libre por los contribuyentes, con posibilidad de cambio.

⁶ Las ARS, también llamadas EPS-S, son quienes otorgan a los afiliados del régimen subsidiado los servicios que requieran. Dentro de las opciones de ARS que existan, los beneficiarios podrán escoger aquella con la que se sientan mejor y lleve las expectativas propias (Santa, 2011).

⁷ Las IPS que son las instituciones con las cuales las EPS y ARS contratan para brindar los servicios que ofrecen, es decir, los hospitales o centros de salud. Señala además la ley 100/1993 en su artículo 185 que las IPS deberán tener como normas rectoras la calidad y la eficiencia a la hora de prestar los servicios para los cuales son contratadas.

Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

De la lectura de la norma deben extraerse aspectos significativos; entre ellos, la definición de la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado con características de gratuidad y obligatoriedad en servicios básicos para la totalidad de la población (Legis, 2012). En esa medida, la prestación efectiva del servicio, se convierte en un deber o carga para el Estado. Ya en este punto empiezan a vislumbrarse las diferentes acepciones de la palabra salud, y es que, como lo acabamos de señalar, en un deber para el Estado prestarlo, aunque sea de forma básica, en el entendido de ser un servicio público y además un derecho en cabeza de los asociados. Derecho que a través de los tiempos ha ido evolucionando y acaparando una mayor protección, dada la conexión con el derecho fundamental a la vida y en virtud de la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la que el Estado se ha comprometido con

la protección del mismo (Corte Constitucional, 2008, sentencia T-760).

Además, se reafirman como principios para la organización, dirección, reglamentación y prestación de los servicios de salud: la eficiencia, entendida como el perfecto equilibrio entre los recursos y la mejor obtención de resultados en salud y calidad de vida para la población; la universalidad, para todos y en todos los momentos de la vida; y la solidaridad, que permitirá un desarrollo sostenible de todo el sistema, es decir, aportes de quienes tengan capacidad de pago y subsidio para aquellas personas que viven en una situación económica precaria (Legis, 2012).

Se abrió la puerta, asimismo, a la prestación del servicio de salud por parte de entidades privadas. Estas últimas, se advierte, contarán con la vigilancia constante y el control del Estado, que definirá asuntos de aportes y sus condiciones. Desde el artículo 225 y siguientes, se revisa el tema de la vigilancia y control del sistema, tópico que obedece a la responsabilidad del Estado en cuanto a verificar la manera en la que se ofrece el servicio de salud, chequeando los estándares de calidad. En un primer momento se menciona que las EPS deberán desarrollar sistemas de costos, facturación y publicidad, todos ellos dirigidos a un fin: la transparencia en el manejo de los recursos. La separación de egresos e ingresos es esencial para la correcta evaluación de las actuaciones de las EPS.

En lo relacionado con la calidad, en el artículo 227 de la ley 100/1993 se establece que el control y la evaluación de la calidad del servicio de salud será llevado a cabo conforme a los parámetros que establezca el Gobierno nacional relativos al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad (SOGCS) de Atención de Salud, decreto 1011/2006. Sumada a esa norma se encuentra la ley 1122/2007 que realiza modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que a la par establece algunas regulaciones para la calidad de la salud.

Por medio del decreto 1011/2006, se fija el SOGCS de Atención de Salud del Sistema General

de Seguridad Social en Salud⁸. Este sistema nace con un objetivo claro y es la generación, conservación y mejoramiento de la prestación del servicio de salud en Colombia. Al frente del SOGCS están el Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, las entidades departamentales distritales de salud y las entidades municipales de salud (art. 5º). Además se dan a conocer los componentes de este sistema:

- Sistema único de habilitación. En él se establece, registra, verifica y controla el cumplimiento de la capacidad tecnológica y científica de las prestadoras de servicios de salud con el objetivo de dar un parte de seguridad a los usuarios ante los riesgos asociados a la prestación del servicio de salud (art. 6º). En la resolución 1043/2006, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se instauran las condiciones de capacidad tecnológica y científica que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoría para el mejoramiento de la calidad.
- Auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención de salud. Por medio de esta se apunta a evaluar los procesos prioritarios, además de verificar la calidad observada con la esperada, para plantear las medidas que permitan superar los inconvenientes detectados. La auditoría será realizada a las entidades departamentales, distritales y municipales de salud, así como a las IPS (art. 32 y ss.).
- Sistema único de acreditación. Es una evaluación externa que se ejecuta de la mano de entidades, y con ciertos procesos de evaluación que se encaminan a la demostración, evaluación y comprobación del cumplimiento de niveles superiores de calidad de las IPS y las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud que quieran acogerse voluntariamente al proceso (art. 41 y ss.).

- Sistema de información para la calidad. Tiene como objetivo principal la orientación de los usuarios en temas claves del sistema, sus y por supuesto, ofrecer información que les permita defender sus derechos y respetar sus deberes en materia de calidad de las prestadoras de servicios de salud (art. 45 y ss.).

Aunque esos no son los únicos mecanismos o sistemas establecidos en la ley para garantizar los derechos de las personas que pertenecen al sistema general de la seguridad social en salud. Con la ley 1122/2007, “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, además de crear la Comisión de Regulación en Salud (CRES), fijar nuevas reglas para el financiamiento del sistema, la distribución de las cotizaciones, la administración del riesgo financiero de las EPS y la exhortación al Gobierno para que regule aspectos vinculados con las Empresas Sociales del Estado (ESE), se establece un Sistema de Inspección, Vigilancia y Control (art. 36, ley 1122/2007).

Por medio de ese sistema, que estará en cabeza de la Superintendencia de Salud, se pretenden establecer filtros de vigilancia en aspectos como el financiamiento, el aseguramiento, la prestación de los servicios de atención en salud individual y colectiva, e información y focalización de subsidios en salud (art. 37). Y quizás uno de los elementos más innovadores de esta ley, es la incorporación del Defensor del Usuario en Salud (DUS), que depende directamente de la Superintendencia de Salud en coordinación con la Defensoría del Pueblo. La función del DUS es clara, ser vocero de los afiliados en las respectivas EPS, dando trámite frente a las autoridades competentes de las quejas que tienen los afiliados respecto de la prestación del servicio (art. 42).

Resulta lamentable reconocer que una figura tan garantista, por lo menos desde la formalidad de la ley, no se ha hecho realidad siete años después de su expedición, un personaje tan relevante como el DUS aún no está a disposición de los afiliados, quienes tienen que remitirse a la

⁸ Artículo 2º, inciso 10: “es el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos que desarrolla el sector salud para generar, mantener y mejorar la calidad de los servicios de salud en el país”.

oficina de atención al cliente de sus respectivas EPS antes de poder recibir atención directa de la Superintendencia.

Con este panorama del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el correspondiente al Estatuto del Consumidor, conviene evaluar las contradicciones o coincidencias que tienen ambas regulaciones y determinar si es posible equipararlos.

Sistema General de Seguridad Social en Salud y Estatuto del Consumidor

La superposición del Estatuto del Consumidor al Sistema de Salud es errada. Desde la misma naturaleza que soporta ambos cuerpos normativos hasta los intereses que persiguen los protagonistas de uno y otro sector, que parten de una ideología diferente. La salud y el consumo no deberían formar parte de un entorno idéntico.

Para nadie es un secreto que los intereses y los fines que procuran los particulares son opuestos a los perseguidos por el Estado. La tarea del Estado, por mandato constitucional, es “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]” todo ello por medio de las herramientas jurídicas que tenga a su alcance, el bien general prevalece, con esta disposición 2º de la Carta Política, sobre el particular. El Estado obedece a un llamado especial como administrador de un territorio, y desde la promulgación de la Constitución de 1991, el antropocentrismo hizo carrera fundamentándose en la dignidad humana en todos los estadios de la vida individual y la convivencia, y en la solidaridad como elemento fundante de nuestro nuevo Estado social de derecho.

De los particulares no se puede predicar el mismo llamado, y está bien que así sea porque sus obligaciones son distintas. Los intereses que persiguen las personas ajenas al Estado gravitan alrededor del lucro, forman parte de toda una infraestructura comercial y de mercado que

procura el libre comercio; la ley de mercado es el juego constante de oferta y demanda necesario para el desarrollo de todo Estado. Pero, ¿podría, o más bien, debería dejarse el servicio de la salud en manos de la ley de mercado? ¿Se ajusta esa situación al texto constitucional, o por el contrario, transgrede lo ya dispuesto en nuestra norma de normas?

Para responder esos cuestionamientos es necesario evaluar el comportamiento de los ordenamientos normativos en relación con el servicio de salud y su comercialización, ya que todo deviene de una nueva ola de ideas que surgen del neoliberalismo con el liderazgo del Banco Mundial. Como lo señalan Riveros y Amado (2012), la manera en que se administran los recursos y se atiende a la población mundial ha sido objeto de cambios en los últimos veinte años, se pretende obtener “equidad, eficacia, eficiencia, calidad y satisfacción del usuario” por medio de la “descentralización de servicios, la privatización y la delimitación de los planes de beneficios”. La inversión en salud, es tomada ahora, no como la satisfacción de un fin en cabeza del Estado, sino como el impulso necesario para el crecimiento económico de un país; en medio de esa lógica, surgió la activa participación de la empresa privada en la administración de sistemas de salud por todas partes, el interés es aplicar políticas que obedezcan a la premisa costo/beneficio, que es a la que fielmente responden las empresas de carácter privado (Riveros y Amado, 2012). Revisando la realidad del país, se hace notorio que el Estado colombiano, ha renunciado a la defensa férrea de la salud, para formar parte de la maquinaria privada, así lo mencionan Riveros y Amado: “La salud es un derecho inalienable y un servicio público a cargo del Estado, no un negocio con fines productivos” (2012, p. 118).

Establecer de manera clara la acepción que debería tener la salud, resulta de vital importancia; al considerársele un servicio más, entraría, sin lugar a dudas, en la lógica de mercado y le serían aplicables las normas del Estatuto. La salud, constitucional y jurisprudencialmente, ha sido entendida como derecho de todos los

colombianos y como servicio público⁹. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declara que

Es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades [...] el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social [...] considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad (OMS, 2006, p, 1).

El derecho a la salud fue concebido de modo presencial¹⁰, sin embargo, gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional podía ser protegido mediante tutela por el criterio de conexión con la vida, dignidad humana e integridad personal, aspectos, evidentemente imprescindibles (Corte Constitucional, 2012, T-899); línea que cambió con la sentencia T-760/2008.

Al tratarse como servicio público, ha dicho la Corte, debe responder a principios como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad (Corte Constitucional, 2012, T-1087). Es relevante entender el significado de servicio público que encontramos en el decreto 753/1956:

Toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

Resulta de gran utilidad acudir al concepto de Hauriou: “el servicio público [...] es el de carácter técnico, prestado al público de manera regular y continua, para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública” (citado

en Ossorio, 1981, p. 704). Ahora bien, con la connotación de servicio público que tiene la salud queda expuesto el papel del Estado, porque es un fin estatal brindar el servicio de salud con la calidad e idoneidad necesarias para garantizar a los colombianos ese derecho. Es preciso hacer especial ahínco en que la salud no es un servicio cualquiera, sino uno público, y así se mantiene aun cuando son particulares los que lo prestan. Revisemos el concepto de servicio, cualquiera que sea, “actividad o provecho, utilidad” (Ossorio, 1981, p. 703), es sin lugar a dudas, el que es regulado en el Estatuto del Consumidor, aquel que persigue un beneficio económico para el proveedor del servicio. Ante esta realidad, se configura otra razón para darle prelación al régimen especial de salud en Colombia y la inaplicabilidad del Estatuto del Consumidor a los servicios de salud. Los propósitos que persiguen son completamente diferentes.

Abierta está la discusión sobre el particular, ahora es menester establecer si realmente el Estatuto del Consumidor tiene los alcances suficientes para ser aplicado en la prestación de los servicios de salud.

Como primera medida hay que señalar 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 encuentra la persona que utiliza ese bien o servicio como consumidor final. Por el otro lado de la relación está el proveedor del servicio, que para el caso serían las EPS. Sin embargo, también es claro que para la aplicación del Estatuto del Consumidor se requiere que el acto se catalogue como comercial, como mercantil, y de ahí surge el recelo por tratar de equilibrar el vínculo consumidor/usuario, frente a productor/proveedor, que de por sí es asimétrica.

En este punto se configura una situación bastante interesante, y es que el servicio que se presta pertenece a una profesión liberal, es decir: “a aquellas en las que predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para su ejercicio se requiere de una habilitación dada

⁹ Véase Corte Constitucional, sentencias T-134/2002 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis); T-544/2002 (M. P.: Eduardo Montealegre Lynett).

¹⁰ Véase: Corte Constitucional, sentencia T-395/1998 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero).

a través de un título académico" (Consejo de Estado, 1991, M. P. Libardo Rodríguez), y vale la pena recordar que el Código de Comercio determinó que no se entienden como actos mercantiles aquellos que tengan por objeto la prestación de un servicio inherente a las profesiones liberales (art 23, núm. 5º). Sobre este particular se pronunció Fernández, al decir que

[...] el carácter mercantil de esos servicios no depende de la forma de dicha prestación, es decir, aún si se prestan a través de una empresa, como organización económica o por medio de una sociedad, ello no implica que dichos servicios adquieran un carácter comercial (2013, p. 520).

El principal problema de ver a los afiliados o pacientes como consumidores, radica en la deshumanización de la profesión médica, sin indicar que se renuncia a la salud como un pilar del Estado de derecho colombiano, porque pasa de ser concebido como derecho, deber y servicio público, a obedecer una lógica de mercado, que sin aún serlo, ya afecta a quienes no tienen los medios económicos para acceder a él. Sobre este punto de vista hay una fuerte reticencia por parte de quienes se oponen a la posibilidad de vincular al paciente con el usuario o consumidor, que se fundamentan en el profesionalismo y la razón de existencia de la carrera médica. Patiño (2005) manifiesta, que el acto médico está siendo sometido a una infraestructura de industria y poder del mercado, y que el galeno ha pasado a ser un simple operario. Señala también que hay una conversión de lo que era la medicina: "En esencia, es la conversión de la medicina, que como disciplina intelectual es una profesión de compromiso social, en un oficio que al disminuir costos resulte en mayores márgenes de utilidad para las entidades intermediarias" (Patiño, 2005, p. 174).

Además, afirma que al paciente se le ha querido convertir en el cliente de un producto industrial, empresa compuesta por las EPS, ARS, ARP y EPS-S. Para el autor, es necesario separar el "negocio de la medicina" de la "práctica médica" y no permitir que el "cuidado de la salud del

pueblo colombiano sea concebido en términos de un bien comercializable o de una industria con ánimo de lucro" (Patiño, 2005, pp. 178-179).

La definición de mercado de la salud, empleada por algunos catedráticos, y que obedece a la descripción de la realidad actual, se aleja de la concepción de la salud, de su idea como derecho, prerrogativa a favor de las personas y deber en cabeza del Estado. El uso de esa definición despersonaliza cualquier intento de hacer de la salud y su servicio, un pilar del Estado social de derecho; y termina siendo un espacio más para el mercado, que por sus características, desprotege a ciertas personas, es decir, aquellas que no cuentan con los medios adquisitivos para disfrutar de ese servicio; hecho que aumenta y profundiza las brechas de desigualdad, hecho contrario al principio de universalidad.

Se podría hablar de los regímenes subsidiados por parte del Estado para cubrir a todas aquellas personas que no tienen los medios económicos para acceder a ese servicio, sin embargo, habrá que preguntarse, si en efecto, ese sistema ofrece la calidad y la seguridad que cualquier otro. Probablemente la respuesta sea una negativa, las crisis de los hospitales son cada vez más evidentes, las largas filas para obtener medicamentos genéricos son cada vez más recurrentes, estamos, sin duda, ante una crisis sin precedentes, fundada en lo que podría llamarse la "comercialización de la salud".

No obstante, es válido anotar que la tendencia de no aplicar el Estatuto del Consumidor a los servicios de salud, implica el permisible socavo a los derechos e intereses de los afiliados, de las personas que hacen uso de ese servicio; con ocasión de las falencias identificadas, lo que corresponde es el desarrollo de herramientas y mecanismos jurídicos que permitan de una manera menos literal y más efectiva, una real garantía y protección de los derechos de quienes forman parte del sistema general de salud. En el artículo 156 de la ley 100/1993, se decreta en el literal h), que los afiliados "podrán conformar alianzas o asociaciones de usuarios que los representen

ante las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud". Esta regulación puede encontrar su paralelo en las ligas de consumidores, que tienen lugar en el Estatuto del Consumidor, y que persiguen la unidad y la participación de las personas en grupos que les permitan actuar de manera conjunta ante las grandes empresas prestadoras de servicios; esto solo por citar uno de los varios ejemplos de medidas que pueden encontrarse de forma similar y que persiguen la consecución y realización del principio participativo de rango constitucional.

¿Qué sucede en el ámbito internacional, establecen en sus estatutos del consumidor alguna regulación especial en relación con la salud?, breve alusión a la situación de México y Argentina

México

En México, dentro de su Ley Federal de Protección al Consumidor que fue publicada el 24 de diciembre de 1992, se hacen referencias a la salud, en un marco semejante al del Estatuto del Consumidor en Colombia, es decir, la protección que debe brindarse al consumidor de un bien o servicio frente a los peligros que estos puedan ocasionarle a su vida o integridad personal. Dentro de la regulación del derecho al consumo también se hacen implícitos asuntos que son regulados por nuestro ordenamiento, la educación del consumidor, la información que debe otorgársele con el fin de promover decisiones razonables, acceso a autoridades judiciales, de ser el caso, para la prevención de daños patrimoniales o morales, y la protección contra la publicidad engañosa (art. 1º).

En lo relativo a la salud y la protección social como servicio, México desarrolla un sistema parecido al colombiano; existen leyes que regulan de modo específico el régimen; siguiendo a Hernández, Coello y Santacruz (2008) y su estudio de la evolución de la protección social en ese país, se halla que los primeros intentos por

proteger y garantizar derechos a los mexicanos en situaciones de debilidad manifiesta, en cuanto al factor económico, tienen lugar en 1943 cuando se crea la Secretaría de Salubridad y Asistencia (Hernández, Coello y Santacruz, 2008). Casi en simultáneo, se configura el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) dirigido en exclusiva a la salud y pensión de empleados de carácter oficial. Los trabajadores del Estado fueron cubiertos posteriormente por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). En 1984 se expide, la Ley General de Salud que sería modificada en el año 2003 para la incorporación del Sistema de Protección Social en Salud, buscando con esa actuación, la extensión de un sistema integrado para toda la comunidad. El Sistema de Protección Social en Salud en México propende por la protección financiera, de daños y riesgos y protección del usuario (Hernández, Coello y Santacruz, 2008).

Señalan Hernández, Coello y Santacruz (2008, p. 9), que "las preferencias del usuario deben guiar todo aspecto de la prestación de servicios, desde la apertura de servicios clínicos hasta las técnicas de orientación y la toma de decisiones sobre su salud", y se hace clara la posición, ya que a favor de los pacientes están claramente involucrados los siguientes aspectos: recibir la atención adecuada en materia médica, por personal preparado y en unas condiciones que faciliten su pronto diagnóstico; obtener un trato digno y respetuoso sin discriminación de ninguna clase; la información suficiente, clara, oportuna y veraz también hace parte de las prerrogativas a favor de los pacientes, para que aquellos expresen, de conformidad con esa información, una decisión que responda a las necesidades propias y a la realidad; el otorgamiento del consentimiento válidamente informado; la confidencialidad, recibir la atención médica de urgencias, entre otros beneficios.

Señalan Hernández, Coello y Santacruz (2008), un tema que nos parece de vital importancia para la controversia que se suscita con el tema de la salud, la calidad y el papel de las instituciones públicas:

Nadie puede negar que las instituciones públicas tienen como responsabilidad y prioridad, proporcionar servicios de calidad a la ciudadanía, que es quien finalmente paga de manera directa o indirecta por esos servicios. Hoy, el enfoque al usuario es uno de los requisitos de todo sistema de gestión de calidad y especialmente debe serlo para los sistemas de gestión de calidad en salud (p. 44).

Argentina

En Argentina, por medio de la ley 24.240 sancionada el 22 de septiembre de 1993 se establecieron las Normas de Protección y Defensa de los Consumidores, en virtud del artículo 42 constitucional que reconoce sus derechos. Vale la pena citar que la situación de Argentina también puede encontrar algún parecido con la de Colombia, y es que de entrada el estatuto en su disposición 2º refiere que no serán aplicables las directrices de esa ley a los servicios que se deriven de las profesiones liberales, estas últimas deben cumplir con la condición de requerir para el ejercicio de la profesión: título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales, con lo que el mencionado estatuto, como en Colombia, tendría una aplicación subsidiaria. De igual forma, se alude a la salud en relación con la vida e integridad de los consumidores, a la hora de emplear bienes o servicios objeto de relaciones enmarcadas “en el derecho al consumo”. En gran medida, se repiten las prerrogativas y derechos que están a favor de los consumidores, y que se han referenciado con los estatutos de México y Colombia¹¹.

Como se evidencia en las regulaciones expuestas, la necesidad de tener un régimen especial para la prestación del servicio de salud facilita los mecanismos de control, de calidad y de eficiencia; no siendo Colombia la excepción a esta regla, pues la Superintendencia de Industria y Comercio saturada de funciones, no adelantaría adecuadamente la vigilancia y el control de calidad en la prestación del servicio

de salud como sí lo hace de manera exclusiva la Superintendencia de Salud.

Las normas especiales que rigen el sector salud deben primar en su aplicación sobre las consagradas en el Estatuto del Consumidor, máxime considerando el corto recorrido del derecho de consumo en Colombia y el momento por el que atraviesa, el cual constituye su crecimiento y evolución; sería una irresponsabilidad ejecutar normas que no se identifiquen con el servicio de salud, verbigracia, el tema de garantías legales ¿Cómo podría efectuarse el conteo para el término de garantía legal (que es de un año) en asuntos médicos? ¿A partir de la realización de una cirugía? ¿A partir del momento en que se hace evidente el error de una intervención? Ni qué decirse sobre las obligaciones que surgen de la garantía según el artículo 11 del Estatuto; reparación totalmente gratuita de los defectos del bien, a la luz de los servicios de salud, ¿si el defecto tiene que ver con la amputación de un miembro inferior a causa de un error médico? ¿Reposición o devolución del dinero es la respuesta del Estatuto ante la imposibilidad de reparar?

Muchas son las dudas que generaría tal aplicación, de ahí que el sistema de salud deba tenerse como un régimen autónomo, respecto del que se aplique el Estatuto únicamente de forma subsidiaria.

CONCLUSIONES

Tras la pesquisa bibliográfica y normativa expuesta, en contraste con la realidad que Colombia atraviesa, es importante señalar que no se pueden perder de vista los postulados constitucionales, que son en últimas, los que deben guiar el comportamiento del Estado a través de sus autoridades; así las cosas, si bien en el marco del Estatuto del Consumidor lo que se busca es dotar al consumidor de toda una serie de herramientas que le garanticen la satisfacción del servicio percibido, estas no pueden irradiar en todos los campos, en los que aunque se cumpla conceptualmente con sus parámetros de aplicación, en la práctica solo

¹¹ Para conocer más del sistema de salud de Argentina puede consultarse a Belló y Becerril-Montekio (2011).

acarrearían una vulneración mayor, considerando la “materialidad” con que se revestiría el derecho a la “vida” de las personas y a su preservación.

En el trasegar de este escrito se hace evidente cómo con la utilización de normas se han venido incorporando al ordenamiento, ideas neoliberales que para el momento que pasa Colombia no permiten vislumbrar claramente los beneficios que pueden traer, por el contrario, parecieran estar concebidas en boga de intereses particulares y ajenos a los definidos en nuestra Carta Política. De ahí que sea necesario establecer los parámetros y los alcances de esas normas protecciónistas, de las que hoy resulta ser todo un desafío su aplicación a la luz de relaciones como las que surge entre médico, prestador del servicio y paciente, usuario del mismo. En cuestión de garantías ¿Cómo podría funcionar esa normatividad? ¿Dentro de un término legal como lo determina el artículo 8º de la ley 1480/2011? ¿Acuñando los términos de “reparación” totalmente gratuita ante la prestación errónea de un servicio, que dejó en un paciente una incapacidad total? ¿Devolución del dinero porque dentro de la intervención quirúrgica se operó la rodilla izquierda y en realidad era la derecha?

Muchos son los interrogantes que quedan en virtud de la posible repercusión del Estatuto del Consumidor en la prestación de servicios de salud, muchos los vacíos también en la legislación, es por ello que será necesaria la interpretación de las altas cortes a fin de hacer una lectura más acertada de la situación, que por lo menos tras lo estudiado, deja establecida la inutilidad del Estatuto en el sector salud, que aunque ampliamente reglado, aun en términos de calidad, requiere instrumentos que materialicen de manera efectiva lo dispuesto en la normatividad, la falencia no es normativa, la falencia radica en la ejecución de lo reglado.

REFERENCIAS

Acuña, C. y Chudnovsky, M. El sistema de salud en Argentina. Disponible en: <http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/salud/dircap/mat/matbiblio/salud.pdf>.

Consultado el 8 de octubre de 2010.

Almeida, C. (2002) Reforma de sistemas de servicios de salud y equidad en América Latina y el Caribe: algunas lecciones de los años 80 y 90. Revista Cad Saude Pública, 18 (4), julio-agosto, 905-925.

Alterini, A. (2001). Contratación contemporánea. Bogotá: Temis.

Alvarez, J. La libertad contractual del consumidor en Colombia: ¿Mito o realidad? Disponible en: <http://www.curn.edu.co/revistas/ergaomnes/vol2009/9.pdf>. Consultado en Junio de 2012.

Banol, A. y Pérez, Y. A. (1991). Intervención del Estado y normas de protección al consumidor. Asociación de consumidores de Medellín. Colombia.

Belló, M., Becerril-Montekio. (2011). Sistema de salud de Argentina. Revista Salud Pública de México. Vol. 53: 96 – 108.

Cámara de Comercio, Foro del Jurista. (2012). *Estatuto del Consumidor. Una mirada a la ley 1480 de 2011* (29^a ed.). Medellín: Cámara de Comercio.

Chavarro, J. (2012). Comentarios al estatuto del consumidor. Bogotá: Nueva Legislación.

Castilla Barea, M. (2005). El nuevo régimen legal del saneamiento en la venta de bienes de consumo. Madrid: Dykinson.

Colombia. Constitución Política de 1991.

Congreso de la República. Ley 1480 de 2011. Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Decreto 756 de 1956. Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo.

Congreso de la República. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio.

Congreso de Los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal de Protección al Consumidor. Diciembre 24 de 1992.

Congreso de la Nación Argentina. Ley 24.240. Por la cual se expide la Ley Nacional de Defensa del Consumidor.

Consejo de Estado. (1991). Sentencia de 16 de mayo. No. 1323. C. P: Libardo Rodríguez.

Consejo de Estado, Sentencia del 22 de febrero de 2006 expediente N° 2002-00540, C.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta. P

Corte Constitucional. (2000) Sentencia C- 1162. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-395. M. P: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-760. M. P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-899. M. P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-1087. M. P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Díaz, J. M. (2012). El nuevo Estatuto del Consumidor. Primer Congreso Internacional de Derechos de Seguros. Cartagena: Federación de Aseguradores Colombianos. Recuperado de: <http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/004-estatutoconsumidor.pdf>

Díaz Alabart, S. (2006). Garantías en la venta de bienes de consumo. Madrid: Edisofer.

Diez Picasso, L. (1997). Las condiciones generales de la contratación. Madrid: Civitas.

Espín Templado, E. (1994). Lecciones de Derecho Político. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Fernández, M. (2013). La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario. En: *Derecho del consumo, problemáticas actuales*.

Directores: José Manuel Gual Acosta y Juan Carlos Villalba Cuéllar. Bogotá: Ibáñez.

Hernández, F., Coello, C. & Santacruz, J. (2008). La protección al usuario de servicios de salud en el marco de los derechos humanos de cuarta generación. *Revista Conamed*, 13(1), 35-46. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3624074>

Hurtado J. (2010). Síntesis del sistema de salud actual. Argentina. Disponible en: <http://copsalud.blogspot.com/2007/04/argentina-síntesis-del-sistema-de-salud.html>. Consultado el 14 de junio de 2010. Argentina.

Lambois, S. El consumidor y sus derechos. Disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/lambo1.htm>.

Lasarte, C. (2010). Manual sobre protección de los consumidores y usuarios. Madrid: Dykinson.

Legis. (2012). *Cartilla de seguridad social y pensiones*. Bogotá: Legis.

López Camargo, J. (2003). Derechos del consumidor: Consagración Constitucional. *Revista-e Mercatoria*. Volumen 2, Número 2.

López, A., Caycedo, C y Madrñan, R. (2013). Comentarios al nuevos estatuto del consumidor. Bogotá: Legis.

Maceira, D. (2008). Tendencias en reformas de salud en naciones de ingreso medio. Aportes para el caso argentino. Buenos Aires: Cedes.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2004). Sistema de seguridad social en salud. Régimen contributivo. Recuperado de <http://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/GUIA%20INFORMATIVA%20DEL%20REGIMEN%20CONTRIBUTIVO.pdf>

Organización Mundial de la Salud. (2006). Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Ortega Martínez, J. (2004) Sociedad de la información y derechos humanos de la cuarta

generación. Un desafío inmediato para el derecho constitucional. *Memorias del Congreso de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México, p. 663-84.

Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

Patino, J. F. (2005). Reforma y crisis de la salud en Colombia. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 9, diciembre, 173-179.

Pérez Bustamante, L. *Derecho del consumidor*. Buenos Aires. 2004.

Prada Alonso, J. (1998). *Protección del consumidor y responsabilidad civil*. Madrid : Marcial Pons.

Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rivero Sánchez, J. (1997) ¿Quo vadis derecho del consumidor? Medellín : Biblioteca Jurídica Diké.

Riveros, E. & Amado, L. (2012). Modelo de salud en Colombia: ¿financiamiento basado en seguridad social o en impuestos? *Revista Gerencia Política Salud*, julio-diciembre, 111-120.

Rocha-Buelvas, A. (2012). Derecho a la salud en Colombia. La utopía anunciada. *Espacio Abierto*, 21(1), enero-marzo, 59-80.

Salgado Ledesma, E. (2007). *Defensa de usuarios y consumidores*. México: Porrúa.

Santa, M. (ed.). (2011). *Efectos de la ley 100 en salud. Propuestas de reforma*. Bogotá: Fedesarrollo. Recuperado de <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2012/08/Efectos-de-la-Ley-100-en-salud-Libro-Salud-web-.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2010). *Respuesta de la Oficina Jurídica 2010/05/06*.

Stiglitz, R. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires. 1997.

Valencia, A. (1998). *Derecho civil: de las obligaciones*. Bogotá: Temis.

Villaba, J. C. (2011). “Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado”. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, vol. XIX, núm. 2, diciembre, 2011, pp. 171-195.

Villalba, J. C. (2009). Aspectos introductorios al derecho del consumo. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 24(XII), julio-diciembre, 77-95.

Villalba, J. C. (2012). *Introducción al derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Zentner, D. (2010). *Contrato de consumo*. Buenos Aires: Le ley.