

Bogotá D.C., noviembre 11 de 2021

Honorable Magistrado
JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Corte Constitucional
Ciudad

Expediente: D-14375

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 240 de la Ley 1955 de 1955 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad»”.

Ref: Intervención gremial

Honorable Magistrado:

ANA CECILIA SANTOS ACEVEDO, identificada con C.C. 51.605.096, en calidad de Vicepresidente Jurídica de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral ACEMI, identificada con NIT 800.155.092-5, entidad que agremia a la mayor parte de las EPS del Régimen Contributivo y a varias EPS del Régimen Subsidiado, atendiendo la cordial invitación me permito intervenir en el expediente de la referencia dentro del término de fijación en lista, a efecto de solicitar que se declare la exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que: i) Debe existir claridad sobre el título al cual se transfieren los recursos a la EPS; ii) Debe existir equilibrio financiero entre la relación Estado - EPS por concepto de la delegación que se haga a la EPS (gestión a título de administración, aseguramiento o cualquier otro modelo que se adopte) para organizar y pagar los bienes, servicios y tecnologías en salud definidas en la norma; iii) El Ministerio de Salud y Protección Social debe realizar los ajustes correspondientes cuando la suma definida resulte insuficiente frente a los servicios y tecnologías no UPC prescritos por los profesionales de la salud con el propósito de garantizar el acceso efectivo de los afiliados a los servicios de salud; iv) Debe remunerarse de manera adecuada la labor asumida por la EPS (gasto administrativo en el que se incurre para el desarrollo de esta labor); v) Debe reconocerse una legítima ganancia a las EPS por el desarrollo de la labor encomendada; y vi) Las medida de control del gasto, como los valores máximos de que trata el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, deben ser de obligatoria aplicación para toda la cadena.

1. NORMA DEMANDADA

Se demanda la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley 1955 de 1955 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad»”, que se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 240. EFICIENCIA DEL GASTO ASOCIADO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO. Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC.

2. CARGOS DE LA DEMANDA

La demanda de la referencia fue admitida por el cargo de violación al artículo 83 de la Constitución Política

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Se destacan los siguientes argumentos expuestos en la demanda de la referencia por violación al mencionado artículo Constitucional:

La norma vulnera los postulados de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica a los cuales deben ceñirse las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas.

La norma obliga a las EPS a que asuman todo servicio y tecnología en salud no financiado con cargo a la UPC, lo cual implica una ruptura en el equilibrio económico del contrato en el marco del cual han decidido asumir su función legal y administrar el sistema de salud por delegación del Estado.

Incorporar un techo presupuestal a los servicios no cubiertos en el plan de beneficios, traslada el riesgo del exceso contra el patrimonio de las entidades aseguradoras.

Lo anterior modifica abruptamente las reglas del juego que tanto constitucional como legalmente imperan en el sistema general de seguridad social en salud y una ruptura del equilibrio económico en la relación Estado - Asegurados, máxime, cuando quiera que, tales aseguradores no tienen la facultad de limitar la prescripción de servicios.

Se desconoce el precedente jurisprudencial en materia de recobros.

Se impone una obligación irrazonable al no existir una condición límite de prescripción de los servicios no financiados por la UPC.

3. NATURALEZA DE LOS TECHOS

El artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 señala que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC (en adelante servicios y tecnologías no UPC) serán gestionados por las EPS, y que estas los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Para establecer el alcance, límite y contenido de la obligación de gestionar los servicios y tecnologías no UPC, resulta necesario establecer la naturaleza del presupuesto máximo, esto es, si se trata de una prima de seguro social, de un modelo de administración con riesgo compartido, o de una administración pura de los recursos. Esta precisión resulta relevante en la medida en que al determinarse el contenido de la obligación de las EPS, se puede establecer si se trata de un traslado de riesgo financiero a las EPS, o si se trata de una forma de pago por anticipado de los servicios y tecnologías no UPC, con derecho al ajuste correspondiente cuando dichos recursos sean insuficientes.

A continuación haremos mención a algunas posturas que podrían definir la naturaleza de los presupuestos máximos o techos. En capítulo aparte se hará mención al derecho de las EPS al restablecimiento del equilibrio económico y su relación con la norma demandada, y posteriormente, por ser el uso eficiente de los recursos, unos de los elementos a tener en cuenta para establecer el monto de los techos, se aludirá a las dificultades que genera la norma demandada de cara a lograr dicha eficiencia.

3.1. Los techos no son una prima de seguro

El cálculo de los techos no incorpora elementos actuariales, sino un cálculo de los recobros pagados en los últimos años, por lo cual no tienen una naturaleza de prima de seguro, sino de una asignación de recursos que sustituye el pago de recobros que realiza el Estado (ADRES) a las EPS, por el suministro de prestaciones no financiadas con la UPC. Esta postura se acompaña con la planteada por Minsalud y ADRES en la respuesta a la pregunta sobre si los techos son una prima de seguro, formulada en el cuestionario contenido en el auto admisorio del expediente de la referencia. Lo anterior cuando dichas entidades dijeron lo siguiente:

Minsalud:

“7) ¿Es posible calificar el presupuesto máximo como una prima de aseguramiento? ¿Cuáles son las diferencias entre el presupuesto máximo y la UPC?”

Respuesta:

“No, el presupuesto máximo es una bolsa de recursos públicos con valores estimados, destinada al pago de tratamientos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS); en este sentido, los recursos asignados no se determinan basado en el total de la población asegurada y como tampoco son el resultado la estimación del riesgo sobre total de sus afiliados; actualmente la fuente de información para determinar el valor a reconocer se basa en los históricos de la información reportada y gestionada por las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, los operadores logísticos de tecnologías de salud, gestores farmacéuticos, y las EPS del Régimen Contributivo y Subsidiado y demás EOC, en el módulo de suministro de la herramienta tecnológica de prescripciones MIPRES, en los casos concretos y específicos de sus afiliados, sobre las prestaciones de servicios en salud que no están cubiertos por la UPC .

(...)

De esta manera, el Estado colombiano promovió una nueva forma de atender y pagar los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC, que se gira de manera anticipada a la ocurrencia de los eventos, para garanticen todos los servicios y tecnologías autorizadas en el país que requiera el paciente, indistintamente de si están cubiertos por la UPC o por este nuevo presupuesto que es girado por la ADRES. Lo anterior teniendo en cuenta que las EPS son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento en salud y consecuentemente, son las directas

encargadas en optimizar el uso eficiente de los recursos a fin de alcanzar el objetivo propuesto.

Si bien es cierto que los techos no son una prima, es equivocada la afirmación del Ministerio en el sentido de que las EPS deben asegurar el suministro de todas las prestaciones no financiadas con UPC. La única forma de considerar la gestión de los servicios y tecnologías no UPC como una labor de aseguramiento, es reconociendo una prima como contraprestación por la labor que realice la EPS, tal como sí sucede en el caso del Plan de Beneficios con Cargo a la UPC (PB-UPC), en donde el SGSSS reconoce una prima como contraprestación por el aseguramiento de dicho Plan (artículo 182, ley 100 de 1993, y literal a del inciso 2° del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según el cual los recursos de la ADRES (desde donde se reconoce y paga la UPC) se destinan, entre otras, para “El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (...”).

La ADRES:

*En consideración de esta Administradora, **NO es posible calificar el presupuesto máximo como una prima de aseguramiento**, en el entendido de que la asignación de recursos por este concepto no se determina tomando de base el total de afiliados y la estimación del riesgo de dicha población. **El del valor a girar por presupuestos máximos surge de los históricos reportados por diversos agentes del Sistema (IPS, operadores logísticos de tecnologías de salud, gestores farmacéuticos, EPS de ambos regímenes ordinarios y Entidades Obligadas a Compensar - EOC) en el MIPRES sobre prestaciones de servicios en salud que no estuviesen cubiertos con los recursos de la UPC.** Conforme a lo anterior, puede indicarse que una de las diferencias es, precisamente, la naturaleza de prima de aseguramiento de la UPC y la forma en la cual ésta se calcula. Igualmente, no puede olvidarse que ambas fuentes contrastan en el objeto a financiar, pues cada una de ellas está destinada a servicios de salud, por naturaleza, distintos. En relación con este interrogante, la ADRES debe señalar que las fuentes de financiación UPC y Presupuesto Máximos son opuestas, pero complementarias; ambas actualmente necesarias para mantener un equilibrio en el aseguramiento, siempre garantizando el derecho fundamental a la salud de los colombianos, y nunca poniendo en riesgo financieros a las EPS”.*

La observación de la ADRES amerita un comentario semejante al presentado en relación con la respuesta de Minsalud, en el sentido de que si bien es cierto, los techos no son una prima, mal puede entenderse que comportan la

obligación a cargo de la EPS de asegurar el suministro de todas las prestaciones no UPC.

De otra parte, dentro de las acepciones del verbo “gestionar”, reconocidas por la Academia de la Lengua Española, no se encuentra la de asegurar, como sí se encuentra la de administrar:

- “1. tr. Llevar adelante una iniciativa o un proyecto.
2. tr. Ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo.
3. tr. Manejar o conducir una situación problemática”.¹

3.2. Los techos son una medida temporal y no comportan una modificación estructural en el SGSSS

Si los techos constituyeran una prima de seguro y trasladaran a las EPS la obligación estatal de garantizar las prestaciones no financiadas con UPC, ello comportaría un cambio estructural en el SGSSS, no contenido antes de la expedición de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo). Por esto, y en atención a la naturaleza temporal del Plan Nacional de Desarrollo, no es posible afirmar que en adelante, las EPS aseguran el suministro de prestaciones no UPC. Me permito exponer lo enunciado.

En la sentencia C-126 de 2020, la H. Corte Constitucional declaró exequible el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 frente a un cargo por presunta violación al principio de unidad de materia. En dicha oportunidad se consideró por la Corte que la norma regulaba mecanismos puntuales de pago, y no intervenciones estructurales y permanente al régimen de financiación de la salud.

“De lo contrario se desconocería la vocación de temporalidad del plan, las medidas normativas del plan excederían la función constitucional de impulsar su cumplimiento, y el plan se convertiría en un mecanismo para llenar vacíos legales que indudablemente corresponde tramitar al legislador, pero mediante el procedimiento legislativo propio de las leyes que los contengan. Es decir, si la norma impugnada no fuera instrumental, o no regulara mecanismos puntuales de pago, sino que, por ejemplo, realizara intervenciones estructurales y permanentes al régimen de financiación de la salud, no cumpliría el requisito de unidad de materia pues desbordaría la naturaleza del plan y su vocación de temporalidad, además de que, como ya se dijo, desconocería el proceso legislativo previsto en la Constitución y cuyo trámite no está sujeto a las restricciones del debate de la ley del plan, afectándose el principio democrático.”

¹ <https://dle.rae.es/gestionar?m=form>

Ahora bien, está claro que la Ley 100 de 1993 en sus artículos 156 y 177, entre otros, delega en las EPS la garantía del Plan de Beneficios con cargo a la UPC (antes llamado POS); la obligación de garantizar las prestaciones no financiadas en la UPC recae en cabeza directa del Estado, pues no se le delegó a las EPS y el artículo 49 de la Constitución Política dispone que, “*Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”. Por esta razón no es posible interpretar que los techos sean una prima, ni que ahora corresponde a las EPS garantizar la financiación de todos los servicios no financiados con la UPC con cargo a los techos, pues ello comportaría una modificación estructural al SGSSS. Los techos constituyen una forma de pagar a las EPS las prestaciones no financiadas con la UPC, cuyo suministro es una obligación del Estado, no delegada a las EPS.

Es fundamental precisar que el cálculo realizado para el pago de estas sumas, no se realiza con base en una nota técnica que permita delegar el riesgo en la EPS, como bien lo afirma el Ministerio de Salud y Protección Social.

En síntesis, entender que actualmente las EPS garantizan el suministro de todas las prestaciones no financiadas con UPC, comportaría un cambio estructural en el SGSSS, no contenido antes de la expedición de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo), y que por tal razón no se acompasa con lo señalado en la sentencia C-126 de 2020, en la cual se definió que el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 es una medida transitoria y no estructural.

Adicionalmente, este entendimiento nos llevaría afirmar que existe un cambio estructural e intempestivo de las reglas de juego que afecta de manera directa y coloca en riesgo la viabilidad de las EPS.

3.3. Dificultades adicionales al considerar que los techos comportan la obligación de aseguramiento de las tecnologías y servicios no financiados con UPC

Con ocasión de la reglamentación de la norma acusada, tanto Minsalud como la Supersalud consideran que las EPS deben ajustar sus condiciones financieras para autorización y habilitación por parte de la Supersalud, como si los techos tuvieran la naturaleza de ingreso operacional de la EPS, lo cual es equivocado, como se pasa a exponer:

El patrimonio adecuado es una exigencia financiera para la autorización y habilitación de las EPS, cuyo monto se incrementa de manera proporcional al tamaño de la entidad, y busca garantizar que en el patrimonio técnico de la EPS, la EPS acredite un patrimonio “adecuado” o suficiente para honrar sus obligaciones cuando se presenten gastos adicionales derivados de desviaciones de siniestralidad mayores a las estimadas en las probabilidades de uso y

severidad, cubiertos en el Plan de Beneficios con Cargo a la UPC-PB y en los Planes Complementarios. Con esta exigencia patrimonial, a medida que aumenta el número de afiliados y consecuentemente la cantidad de ingresos, aumenta el requisito de patrimonio adecuado, pues también aumentan los riesgos a garantizar.

Sin embargo, con los techos las EPS no adquieren la obligación de garantizar el suministro de las tecnologías y servicios no financiadas con UPC, sino que realizan una gestión de los recursos. En consecuencia, la siniestralidad no tiene porqué impactar a la EPS, porque Minsalud está obligado a realizar los respectivos ajustes a los presupuestos máximos, y por ello los techos no tienen porqué tener incidencia alguna en las exigencias de solvencia de las EPS. El Ministerio de Salud, en contra de este entendimiento, ha autorizado a la Superintendencia Nacional de Salud para definir la forma en que se reflejarán los recursos del presupuesto máximo en el cálculo del patrimonio adecuado de las EPS.

Esta consideración se realizó inicialmente en el artículo 18 de la Resolución 205 de 2020 *“Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo”*.

ARTÍCULO 18. CONDICIONES FINANCIERAS. *Las entidades a que hace referencia el artículo 2.5.2.2.1.2 Decreto 780 de 2016, deberán atender lo establecido por la Superintendencia Nacional de Salud en relación con los recursos del presupuesto máximo de cada EPS o EOC, y su incidencia en las condiciones financieras:*

18.1. Patrimonio Adecuado. *En el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.7 del Decreto 780 de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud definirá la forma en que se reflejarán los recursos del presupuesto máximo en el cálculo del patrimonio adecuado.*

18.2. Reservas técnicas. *La Superintendencia Nacional de Salud definirá el tipo de reservas técnicas asociadas a los recursos del presupuesto máximo a que hace referencia la presente resolución, atendiendo lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.5.2.2.1.9 del Decreto 780 de 2016, así como sus condiciones de aplicabilidad y transición.*

Esta redacción se mantuvo en la resolución 586 de 2021, que sustituyó la resolución 205 de 2020. Posteriormente, en el artículo 1º de la Resolución

1341 de 2021 que modificó el citado artículo 17, se establece una transición en la exigencia de las nuevas condiciones financieras y de solvencia.

“Artículo 17. Condiciones financieras. Las EPS, incluidas las Entidades Promotoras de Salud Indígenas – EPSI y las entidades adaptadas deberán atender lo establecido por la Superintendencia Nacional de Salud respecto a los recursos del presupuesto máximo, y su incidencia en las condiciones financieras, según corresponda, en relación con:

17.1. La forma en que se reflejarán los recursos del presupuesto máximo en el cálculo del patrimonio adecuado de que trata el artículo 2.5.2.2.1.7 del Decreto 780 de 2016.

17.2. El tipo de reservas técnicas asociadas a los recursos del presupuesto máximo, atendiendo lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.5.2.2.1.9 y el numeral 4 del artículo 2.5.2.4:2.10 del Decreto 780 de 2016, así como sus condiciones de aplicabilidad y transición.

Parágrafo 1. Durante el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2021 y el 31 de diciembre de 2024, los costos de los servicios y tecnologías financiados con cargo al presupuesto máximo que superen el valor fijado como ingreso de presupuesto máximo, determinados conforme a los estados financieros reportados para la vigencia correspondiente, por cada EPS o entidad adaptada, no serán tenidos en cuenta para el cálculo del capital mínimo, el patrimonio técnico ni como mayor valor en las inversiones que respalden las reservas técnicas.

Parágrafo 2. Una vez se realicen los ajustes al presupuesto máximo de que trata el numeral 14.3 del artículo 14 de la presente resolución, la Superintendencia Nacional de Salud determinará como estos se reflejarán en las condiciones financieras y de solvencia”.

La transición establecida en esta última norma, si bien genera un menor impacto en las EPS al dar una mayor transición en las nuevas exigencias financieras al excluir del cálculo del patrimonio adecuado, los costos que superen en valor fijado como presupuesto máximo, se extiende hasta el 31 de diciembre de 2024, sin tener en cuenta que para dicha fecha los techos o presupuestos máximos ya no estarán regiendo, toda vez que su vigencia es temporal y se extiende únicamente por el término de duración del Plan Nacional de Desarrollo contenido en la Ley 1955 de 2019. Esta temporalidad choca con lo establecido por la Honorable Corte Constitucional en la ya citada sentencia C-126 de 2020, en la cual se consideró que “(...) el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 contempla una medida de carácter instrumental y temporal (...)”.

Sin embargo, es importante señalar que los actos administrativos de carácter general expedidos por el Ministerio de Salud y por la Superintendencia Nacional de Salud en desarrollo del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019

demandado, ya están generando un impacto negativo en el cumplimiento de condiciones financieras para autorización y habilitación de EPS. En el caso de la resolución 1341 de 2021 ya señalada, porque así no se tenga en cuenta el exceso de gasto que supere el monto de los techos, estos deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del patrimonio adecuado, y en el caso de los actos administrativos de carácter general proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud, porque generan un impacto en las exigencias de patrimonio adecuado a partir de diciembre 1° de 2021, como se expone a continuación.

La Supersalud estableció en la Circular 13 de 2020 y en la Circular 2 de 2021, la forma en que los techos inciden en el cálculo del patrimonio adecuado en el régimen de reservas. Para el efecto, señala dicha entidad que los techos son ingresos operacionales de las EPS y que se tendrán en cuenta para el cálculo del patrimonio adecuado, y crea además, un régimen de reservas de las EPS sobre dichos recursos. Nos permitimos transcribir las citadas disposiciones:

Circular 13 de 2020 en materia de patrimonio adecuado:

“1. Teniendo en cuenta lo establecido en la Resolución 205 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, los recursos asignados del presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, son considerados ingresos operacionales y serán tenidos en cuenta en el cálculo de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.7 del Decreto 780 de 2016. Asimismo, se tendrán en cuenta los costos de los servicios y tecnologías financiados con cargo a este presupuesto para el cálculo que trata el literal b) del numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.7. del Decreto 780 de 2016.

La aplicación de las disposiciones del presente numeral, se realizarán de la siguiente manera: durante el primer año de la expedición de la presente circular se tendrá en cuenta el 0% dichos costos e ingresos operacionales; a partir del primer año se tendrá en cuenta el 50% y a partir del segundo año de expedida esta circular se tendrá en cuenta el 100% de los costos e ingresos operacionales”.

Circular 13 de 2020 en materia de reservas:

“III. RESERVAS TÉCNICAS

De acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.9 del Decreto 780 de 2016 y el artículo 18 de la Resolución 205 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud define las siguientes reservas

técnicas asociadas a la asignación de recursos del presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS:

1. Reservas para obligaciones pendientes conocidas y liquidadas: Esta reserva deberá constituirse al 100% desde el momento en que se tiene conocimiento de la factura y liquidación de la factura.

2. Reservas para obligaciones pendientes conocidas y no liquidadas: Esta reserva debe constituirse desde el momento en que la entidad tiene conocimiento de la generación de la obligación. Tratándose de autorización de servicios y sin que por ello se entienda extinguida la obligación, la reserva se podrá liberar (12) meses después de la no utilización del servicio.

En caso de existir algún tipo de glosa, se deberá reservar y mantener el 100% de dicho valor hasta que la glosa sea resuelta y conciliada por las partes. Los criterios de reconocimiento y medición de los marcos técnicos normativos contables aplicables, no incidirán en la obligación que tiene la entidad de reservar y mantener el 100% del valor de la glosa.

3. Reservas para obligaciones pendientes aún no conocidas: Las entidades deben estimar el monto de los recursos que deben destinar para atender el pago de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC que se causaron y que la entidad desconoce. Para determinar esta estimación, las entidades deberán consolidar sus bases de datos para utilizar métodos de triángulos con un histórico de tres (3) años, para los cuales se debe utilizar la información histórica con que cuentan las entidades sobre los cobros/recobros realizados por este tipo de conceptos.

Para la constitución de estas reservas, las entidades deberán tener en cuenta lo siguiente:

a. Las reservas técnicas que tratan los numerales 1 y 2 de la presente sección serán exigibles a partir del primer año de expedida esta circular.

b. Durante el primer año de expedida esta circular, las entidades deberán calcular, ajustar y constituir mensualmente la reserva técnica que trata el numeral 3 de la Instrucción III, teniendo en cuenta para cada vigencia, la diferencia entre los ingresos acumulados en cada corte por presupuestos máximos y el valor acumulado de los pagos realizados, considerando que en el punto anterior se incorporan las

reservas de las obligaciones conocidas (autorizaciones que generan un menor valor de la reserva, no debe ser negativa).

Asimismo, las entidades deberán utilizar la información histórica sobre cobros/ recobros para hacer el cálculo de esta reserva, de manera que estime adecuadamente las obligaciones en las que incurrirá la entidad por estas coberturas. En todo caso, teniendo en cuenta estas estimaciones, esta reserva podrá tomar un valor mayor al cálculo que trata el inciso anterior.

c. Durante el primer año de expedida esta circular, las entidades deberán organizar sus bases de datos para la construcción de la metodología y presentación de la nota técnica ante esta Superintendencia para la constitución de las reservas técnicas, de acuerdo con los requisitos vigentes. Dicha nota técnica deberá ser presentada ante esta Superintendencia con una antelación máxima de noventa (90) días calendario antes del vencimiento del plazo establecido en este literal,

d. A partir de la entrada en vigencia de la presente circular, las entidades deberán contar con inversiones computables que respalden al menos el 100% del valor constituido de las reservas técnicas aquí establecidas, de acuerdo con los lineamientos del artículo 2.5.2.2.1.10 del Decreto 780 de 2016”.

Circular 2 de 2021 en materia de patrimonio adecuado y reservas:

“B. INSTRUCCIONES PARA LAS ENTIDADES ADAPTADAS AL SISTEMA, EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO

a. Modifíquese el numeral 1 del literal II Capital mínimo y Patrimonio Adecuado de la Circular Externa 013 de 2020 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, el nuevo texto será el siguiente:

1. Teniendo en cuenta lo establecido en la Resolución 205 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, los recursos asignados del presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, son considerados ingresos operacionales y serán tenidos en cuenta en el cálculo de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.7 del Decreto 780 de 2016. Asimismo, se tendrán en cuenta los costos de los servicios y tecnologías financiados con cargo a este presupuesto

para el cálculo que trata el literal b) del numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.7. del Decreto 780 de 2016.

La aplicación de las disposiciones del presente numeral, se realizarán de la siguiente manera: Hasta noviembre de 2021 el 0%, a partir del 1 de diciembre 2021 se tendrá en cuenta el 25% de dichos costos e ingresos operacionales; a partir del 1 de diciembre 2022 se tendrá en cuenta el 50%, a partir del 1 de diciembre de 2023 se tendrá en cuenta el 75%, y a partir del 1 de diciembre de 2024 se tendrá en cuenta el 100% de los costos e ingresos operacionales.

b. Para la constitución de las reservas técnicas, las cuales están establecidas en el artículo 2.5.2.2.1.9 del Decreto 780 de 2016 y el artículo 18 de la Resolución 205 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social se debe tener en cuenta:

1. Reservas para obligaciones pendientes conocidas y liquidadas: Esta reserva deberá constituirse al 100% desde el momento en que se tiene conocimiento de la factura y liquidación de la factura.

2. Reservas para obligaciones pendientes y conocidas y no liquidadas: Esta reserva debe constituirse desde el momento en que la entidad tiene conocimiento de la generación de la obligación. Tratándose de autorización de servicios y sin que por ello se entienda extinta la obligación, la reserva se podrá liberar si después de transcurridos doce (12) meses de expedida la autorización, no se han prestado los servicios autorizados. También podrán ser liberadas en caso de que el usuario haya fallecido o haya cambiado de EPS y que conste que no se haya prestado el servicio.

En caso de existir algún tipo de glosa, se deberá reservar y mantener el 100% de dicho valor hasta que la glosa sea resuelta o conciliada por las partes. Los criterios de reconocimiento y medición de los marcos técnicos normativos contables aplicables, no incidirán en la obligación que tiene la entidad de reservar y mantener el 100% del valor de la glosa.

Para la implementación y reconocimiento del 100% de las glosas en la reserva técnica, se debe tener en cuenta la siguiente transición: a diciembre de 2021 deberán registrar en sus reservas técnicas como mínimo el 45% del valor total de la glosa pendiente por conciliar, y en diciembre de 2022 deberán completar el 100% de dicho valor de glosa. No obstante, durante el periodo de transición se deberá incluir en la reserva técnica las glosas sobre facturas que tengan más de 90 días calendario.

Para las entidades que a la fecha tienen en sus metodologías de cálculo de las reservas técnicas destinadas para atender servicios con cargo a la UPC, estimaciones para la glosa, deberán reservar el mayor valor entre el estimado y la transición planteada. De acuerdo con lo anterior, estas entidades deberán desmontar estos modelos progresivamente, de tal forma que en diciembre de 2022 tengan el 100% de la glosa, incluida en la reserva técnica.

No tendrán transición las glosas que se realicen para los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC, este valor se deberá reservar y mantener al 100% hasta que la glosa sea resuelta y conciliada por las partes.

3. Reservas para obligaciones pendientes aún no conocidas: Las entidades deben estimar el monto de los recursos que deben destinar para atender todas las obligaciones a su cargo ya causadas, pero que la entidad desconoce. Para determinar esta estimación, las entidades deberán consolidar sus bases de datos para utilizar métodos de triángulos con un histórico de tres (3) años, para los cuales se debe utilizar la información histórica propia y constituirse mensualmente.

Para la constitución de las reservas para obligaciones pendientes aún no conocidas, destinadas para atender el pago de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC, se debe empezar a consolidar la base de datos a partir de marzo de 2020. No obstante, si la entidad cuenta con información confiable y completa de estos servicios anterior a esta fecha podrá utilizar dicha información”.

Como se observa, la Circular Externa 02 de 2021 de la Superintendencia Nacional de Salud dispone que los recursos asignados del presupuesto máximo son considerados ingresos operacionales para efectos del cálculo del patrimonio adecuado, y que a partir del primero de diciembre 2021 se tendrá en cuenta el 25% de dichos ingresos para efectos del cálculo de dicho patrimonio, lo cual pone a varias EPS en situación de incumplimiento, viéndose obligadas a capitalizar para dar cumplimiento a las condiciones de solvencia.

El efecto de estas Circulares, es que obligan a las EPS a cumplir mayores condiciones de solvencia porque para su cálculo deben incluir unos recursos que no hacen parte de sus ingresos operacionales. En el caso de los techos, por el contrario, se trata de una forma de pago temporal -- según lo tiene definido la H. Corte Constitucional en la sentencia C-126 de 2020 --, para financiar obligaciones que continúan recayendo en cabeza del Estado, como lo son, la financiación de tecnologías y servicios no financiados con UPC.

De otra parte, estas disposiciones reglamentarias del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, comportan un carácter permanente, contrario al carácter temporal que de acuerdo con la sentencia C-126 de 2020 caracteriza a los techos.

4. GARANTÍA DEL EQUILIBRIO FINANCIERO

Los techos o presupuestos máximos no tendrían porqué causar un perjuicio financiero a las EPS, pues consisten, como lo señala la H. Corte Constitucional en la sentencia C-126 de 2020, en la regulación de “*mecanismos puntuales de pago*”. Es claro que el Ministerio de Salud tiene la obligación de realizar un cálculo correcto, y de realizar ajustes cuando el equilibrio se rompa. No obstante, en la práctica están generando un desfinanciamiento a las EPS.

Al consistir en un mecanismo puntual de pago, su definición comporta la obligación para el Ministerio de Salud de realizar un cálculo correcto, y de realizar ajustes cuando el equilibrio se rompa. En este sentido, cabe realizar las mismas apreciaciones elaboradas por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-480 de 1997 respecto del derecho al recobro, del cual es titular la EPS, para que se restablezca el equilibrio financiero con ocasión del suministro de prestaciones no financiadas con UPC.

“En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes”.

Está claro que los techos no son una prima, y que en consecuencia no comportan el traslado a la EPS del riesgo de la insuficiencia de los mismos. En este sentido NO HAY DELEGACION DE RIESGO FINANCIERO. Asimismo, está claro que se trata de una medida temporal y no estructural de financiamiento de los servicios y tecnologías no UPC, por lo cual, en caso de insuficiencia, la EPS tiene el derecho al restablecimiento del equilibrio financiero.

A la insuficiencia que durante años ha caracterizado a la UPC para la garantía del Plan de Beneficios con Cargo a la UPC se suma ahora la insuficiencia de los techos o presupuestos máximos. Estimamos de manera respetuosa, que la sentencia que se profiera debe señalar que la EPS tiene derecho a que los presupuestos máximos preserven el equilibrio económico de la EPS, y por ello, debe realizarse un cálculo adecuado, así como el reajuste correspondiente cuando la suma definida resulte insuficiente frente a los servicios y

tecnologías no UPC prescritos por los profesionales de la salud. De lo contrario, no solo se estaría generando daño a la EPS sino también creando posibles barreras de acceso a los servicios de salud ante la insuficiencia de recursos y de pago.

5. EL DERECHO A UNA LEGÍTIMA GANANCIA

En diversas oportunidades esta agremiación ha solicitado a Minsalud, que al definir la metodología para el cálculo de los techos, y el monto de los mismos, se establezca un reconocimiento a la EPS, bien sea como gasto administrativo o de utilidad, toda vez que el artículo 240 de la ley 1955 establece la obligación de realizar una gestión diferente a la garantía del Plan de Beneficios con Cargo a la UPC, y por tal razón debe ser la reconocida una utilidad por el desarrollo de su actividad.

La jurisprudencia constitucional ha sido unánime al reconocer el derecho de la EPS a una legítima ganancia. Esto es así como quiera que la entidad dispone de unos recursos administrativos y de organización, para poner en marcha la actividad. Sobre el particular, haciendo referencia a la actividad que realizan las EPS, la sentencia C-616 de 2001 de la Corte Constitucional, recordó el concepto de libertad de empresa, al señalar lo siguiente:

“La Corte Constitucional en Sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), precisó la definición de libertad de empresa de la siguiente manera: “Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”.

(...)

Pero establecida por el legislador, conforme a una opción válida de acuerdo con la Constitución, la posibilidad de que a la prestación de un servicio público, como en este caso el de salud, acudan los particulares, es claro que para dicha participación deben garantizarse las condiciones propias de la libertad de empresa y de la libre competencia, sin que resulte admisible que en el ámbito estrechamente regulado de participación privada se permitan, o peor aún, se establezcan, situaciones que impliquen prácticas restrictivas de

la competencia o se orienten a obstruir o a restringir la libertad económica”.

También la sentencia C-828 de 2001 se refirió al derecho a una legítima ganancia, cuando al reiterar lo señalado en la sentencia SU-480 de 1997 señaló lo siguiente:

“Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire a obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. (...)”

Por esta razón, es claro que al definir el monto de los techos, Minsalud debe reconocer los gastos administrativos en que incurre la EPS para el desarrollo de su actividad, así como una legítima ganancia. No obstante la solicitud de esta Asociación, dichos rubros no son reconocidos actualmente, lo cual afecta los intereses económicos de las EPS.

Para que las EPS gestionen y financien los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, es necesario incurrir en gastos administrativos. Por ello, es indispensable que al establecer la unidad de financiamiento (presupuestos máximos), se calcule un porcentaje de gasto administrativo requerido para el desarrollo de la citada actividad. Por esta razón, estimamos de manera respetuosa, que la sentencia que se profiera debe señalar que la EPS tiene derecho a que los presupuestos máximos deben reconocer una legítima ganancia a las EPS.

Finalmente, es de anotar que si bien la ADRES presenta un informe sobre los pagos realizados año a año por concepto de recobro de servicios y tecnologías no cubiertos con la UPC desde el año 2015 hasta la implementación del presupuesto máximo, dicha suma no se puede comparar frente a la entregada por concepto de presupuestos máximos, porque a la fecha existen múltiples cobros por pagar a las EPS, lo cual, de hecho, ha sido la causa para que se adelante el llamado Acuerdo de Punto Final, previsto en el artículo 237 de la Ley 1955 de 2019.

6. MEDIDAS ORIENTADAS A GARANTIZAR LA EFICIENCIA Y LA SOSTENIBILIDAD

El artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 señala que el uso eficiente de los recursos es uno de los elementos a tener en cuenta para establecer el monto de los techos. En similar sentido, señala el Ministerio de Salud en su respuesta al cuestionario formulado por la H. Corte, que *“al transferir la gestión a la EPS, asociado a un pago anticipado, no tienen razón alguna para volver ante la ADRES a recobrar diferencias en el reconocimiento y pago de los servicios y*

tecnologías no financiados con cargo a la UPC, ya que son ellas las que tienen la capacidad de contratar, auditar y pagar dichos servicios con los recursos asignados” (Subrayas fuera de texto).

Es importante señalar que así la norma señale que la EPS debe hacer un uso eficiente, y que son las EPS las que tienen la capacidad de contratar y auditar, lo cierto es que las EPS no tienen hoy en día la capacidad para gestionar el gasto de lo no financiado en la UPC, por lo siguiente:

a. MIPRES es una plataforma que no se integra al sistema de gestión de riesgos en salud de las EPS.

b. Aunque pueden gestionarse contratos integrales de atención que incluyen contenidos PBS financiados con UPC, y NO PBS financiados con presupuestos máximos, al momento de prescribir en MIPRES se exige una facturación independiente de los servicios de presupuestos máximos, lo cual implica al final que ellos se deban pagar en la modalidad de pago por evento, que, como es conocido, es el mecanismo de pago más ineficiente.

c. Aunque las normas obligan a la EPS a ajustarse a los valores máximos de referencia (VMR) definidos por el Ministerio de Salud, según este último, de conformidad con lo señalado en la Ley esos valores no son obligatorios para las IPS y demás proveedores de tecnologías y servicios incluidos en los techos, y los mayores valores, cuando hay imposibilidad de ajustarse al VMR, según lo planteado por el mismo Ministerio, los debe asumir la EPS con sus propios recursos porque tampoco lo podría hacer de la UPC, generando así un daño antijurídico a la EPS que no están en el deber jurídico de soportar.

d. En este sentido, se ha solicitado de manera infructuosa a Minsalud definir VMR obligatorios para toda la cadena, con valores diferenciales por región y por nivel de complejidad de la IPS. El Ministerio de salud debe también reevaluar la metodología y cálculo de los VMR para que se ajuste a las realidades del mercado y tomar la información observada para tomar las decisiones de control de precios en donde considere que ello es necesario.

Por lo anterior solicitaremos a la Corporación que precise que los valores máximos de que trata el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, deben aplicarse a toda la cadena, pues resulta equivocado entender, como lo hace el Ministerio de Salud y Protección Social, que los mismos son aplicables para un extremo de la relación contractual (la EPS), pero no para el otro (proveedor o prestador), pudiendo el proveedor, a juicio del Minsalud, exigir a las EPS el pago de sumas superiores a los precios definidos oficialmente por dicha cartera, comportamiento que se presenta frecuentemente en el mercado y genera un mayor desequilibrio en relación con los valores definidos y reconocidos a las EPS.

e. Se está evidenciando un aumento en la demanda de recursos por la ausencia de estandarización de manejos terapéuticos que pueden ser adelantados por las sociedades científicas o mejor aún por el IETS, a lo cual se suma las estrategias de la industria farmacéutica para la introducción de tecnologías en el mercado de servicios de salud, lo cual genera desviaciones en el uso esperado de estas tecnologías, muchas veces sin agregar un mayor valor terapéutico a los pacientes, lo cual no puede ser gestionado por el asegurador, dada la forma como está diseñado este mecanismo.

f. El cálculo de la transferencia no es un cálculo actuarial y no reconoce los riesgos reales que están inmersos en la prestación de los servicios que se financian con esos recursos.

g. La EPS no tiene la capacidad real de gestión de la prestación de tales servicios ni en información, ni en la gestión del riesgo primario ni el riesgo técnico, dado que no se han modificado los mecanismos de operación e información a través de MIPRES, lo cual, tal como operaba en los recobros, genera inflexibilidad en la evaluación de la pertinencia y en la gestión de la contratación de los servicios.

h. La EPS debe reservar la totalidad del recurso recibido, sin que se haya definido la posibilidad de obtener una financiación de los gastos de administración ni una utilidad razonable.

i. Desde sus inicios, el uso de la herramienta MIPRES ha generado imprecisiones en relación con la ordenación del gasto, pues termina siendo un acto complejo integrado por la prescripción del médico tratante y la aprobación impartida a través del aplicativo MIPRES.

j. Otra de las dificultades radica en la insuficiencia de recursos, pues no todos los servicios que se prescriben mediante MIPRES tienen respaldo presupuestal. En el caso de los presupuestos máximos, estos han resultado insuficientes, y en el caso de los no financiados con dichos presupuestos, la prescripción no implica la asignación de los recursos necesarios en la ADRES para pagar por el servicio, lo cual implica que las EPS y los proveedores deben suministrar el bien o servicio, sin garantía por parte del Estado de que el pago se realizará de manera integral y oportuna.

k. También es de señalar, como lo ha hecho esta Asociación en otras oportunidades, que una de las dificultades frente a las limitaciones presupuestales, radica en que no hay definición de prioridades para la asignación del gasto, lo cual puede colocar en riesgo el acceso de personas que tienen mayor necesidad, comprometiéndose así la viabilidad financiera del SGSSS y de los distintos actores que intervienen en el mismo. El gasto público debe tener prioridad, y en el caso de MIPRES, esta termina siendo definida por el médico tratante, y el orden de llegada, por lo cual, se hace

necesario que la H. Corte Constitucional realice seguimiento a la forma en que se presupuestan dichas prestaciones por parte del Estado.

l. Se prescriben prestaciones que al no estar financiadas en la UPC, su volumen es inferior al de las financiadas en la UPC. Al tener un menos nivel de frecuencia en el uso, la EPS no puede acceder a las ventajas que ofrecen las economías de escala.

7. SOLICITUD

Por lo anteriormente expuesto, me permito solicitar a la H. Corte Constitucional se sirva declarar exequible la norma demandada, en el entendido de que:

- 7.1. Debe existir claridad sobre el título al cual se transfieren los recursos a la EPS;
- 7.2. Debe existir equilibrio financiero entre la relación Estado - EPS por concepto de la delegación que se haga a la EPS (gestión a título de administración, aseguramiento o cualquier otro modelo que se adopte) para organizar y pagar los bienes, servicios y tecnologías en salud definidas en la norma;
- 7.3. El Ministerio de Salud y Protección Social debe realizar los ajustes correspondientes cuando la suma definida resulte insuficiente frente a los servicios y tecnologías no UPC prescritos por los profesionales de la salud con el propósito de garantizar el acceso efectivo de los afiliados a los servicios de salud;
- 7.4. Debe remunerarse de manera adecuada la labor asumida por la EPS (gasto administrativo en el que se incurre para el desarrollo de esta labor);
- 7.5. Debe reconocerse una legítima ganancia a las EPS por el desarrollo de la labor encomendada; y
- 7.6. Las medidas de control del gasto, como los valores máximos de que trata el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, deben ser de obligatoria aplicación para toda la cadena.

Cordialmente,



ANA CECILIA SANTOS ACEVEBO
Vicepresidente Jurídica