



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero de Estado Ponente: John Jairo Morales Alzate

Bogotá, D.C.; dieciocho (18) de junio de dos mil veinticinco (2025).

Radicación: 110010306000202500041 00

Número Único: 2539

Referencia: consulta formulada por el Ministerio de Salud y Protección Social sobre si las EPS pueden usar los recursos de la UPC para el pago de cartera o pasivos de vigencias anteriores.

El ministro de Salud y Protección Social, con fundamento en lo previsto en el numeral 1.º del artículo 38 de la Ley 270 de 1996 y en el numeral 1º del inciso tercero del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, consulta a la Sala «la posibilidad de que las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades adaptadas puedan hacer uso de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación, para realizar pagos de cartera y/o pasivos de vigencias anteriores» y otros asuntos.

I. ANTECEDENTES

En el escrito dirigido a la Sala, el Ministerio consultante expuso:

1. El servicio de salud es esencial, de obligatorio cumplimiento por parte del Estado, de tal manera que las Leyes 100 de 1993¹ y 1122 de 2007² previeron y definieron un esquema de aseguramiento obligatorio, que incluye la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores del Sistema de Salud en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud- EPS.
2. Es así, como las EPS deben garantizar a sus afiliados los servicios y tecnologías en salud incluidos en el Plan de Beneficios de Salud – PBS para lo cual, según el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993³, el sistema de salud les

¹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

² Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

³ **ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:
[...]

reconoce una prima anual por cada persona afiliada denominada Unidad de Pago por Capitación – en adelante UPC, la cual es definida por el Ministerio de Salud y Protección Social, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993⁴, esto es, en función del perfil epidemiológico y demográfico de la población, de los riegos cubiertos, de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y los estudios técnicos que correspondan.

3. Según el numeral 34 del artículo 2.º del Decreto Ley 4107 de 2011⁵ modificado por los Decretos 2562 de 2012⁶ y 1432 de 2016⁷, la UPC es definida por el Ministerio de Salud y Protección Social antes del 31 de diciembre de cada año, so pena de incrementarse automáticamente en el porcentaje de la inflación causada.

4. Posteriormente, explicó los diversos recursos que integran la UPC, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, así:

a. Régimen contributivo: Los recursos con los cuales se financian los valores de las UPC, para el aseguramiento en salud provienen fundamentalmente de las

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud;

⁴ **ARTÍCULO 182. DE LOS INGRESOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita <sic>, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁴, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud¹.

PARÁGRAFO 1o. <sic> Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.

⁵ **ARTÍCULO 2o. FUNCIONES.** El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes: [...]

34. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen. Si a 31 de diciembre de cada año el Ministerio no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

⁶ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, se crea una Comisión Asesora y se dictan otras disposiciones

⁷ Por el cual se modifica la NIIF 16 contenida en el anexo técnico compilatorio y actualizado 1-2019, del Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información, Decreto 2420 de 2015, y se dictan otras disposiciones.

contribuciones obligatorias que realizan los empleadores y sus trabajadores dependientes, los trabajadores independientes, y los pensionados, entre otros.

Este dinero es recaudado directamente por las EPS, manejado en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de tales entidades. Cuando con dichas **cotizaciones** no se alcanza a cubrir los valores que por UPC les debe ser reconocido para el aseguramiento en salud a las EPS, la ADRES cubre lo faltante con los recursos que para tal fin sean destinados, que encuentran como principal fuente de financiamiento los provenientes del Presupuesto General de la Nación (artículos 177, 182, 202 y 205 de la Ley 100 de 1993).

b. Régimen subsidiado: - De las entidades territoriales. Los recursos provienen de:

1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, [...].
2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar [...].
3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen [...].
4. Los recursos de regalías [...].
5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado. - Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) (hoy ADRES).
6. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.
7. El monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.
8. Recursos del Presupuesto General de la Nación [...].
9. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley.
10. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones.
11. Recursos definidos por recaudo de IVA determinados en la Ley 1393 de 2010.
12. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado.
13. Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.

5. Del anterior marco, enunció que la UPC, de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es un recurso público de naturaleza parafiscal que debe destinarse a garantizar el contenido del Plan de Beneficios en Salud.

Señaló que dentro de los usos de la UPC están los gastos administrativos de las EPS, toda vez que resultan necesarios para la garantía de la prestación de los servicios de salud. En este sentido, según el párrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, las EPS son meras recaudadoras y administradoras de recursos públicos, para lo cual deberán abrir cuentas independientes del resto de sus bienes y recursos.

6. Afirmó que, según la Ley 1751 de 2015 en su artículo 25, los recursos públicos que financian la salud son: inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente⁸.

7. Señaló que según el Decreto 2265 de 2017, en su artículo 2.º, compilado en el Decreto 780 de 2016 (artículo 2.6.4.1.5) los recursos de la seguridad social en salud son de naturaleza fiscal y parafiscal, y, por consiguiente, no pueden ser objeto de ningún gravamen.

8. Enunció las sentencias C-824 de 2004 y C-828 de 2001 de la Corte Constitucional, en las que se señaló la destinación y uso de los recursos de la seguridad social, los cuales, por mandato constitucional expreso, tienen una destinación específica, son parafiscales, es decir, que estos no pueden dedicarse a fines diferentes a los propósitos establecidos para el sistema (artículo 48 de la Constitución Política).

9. Posteriormente, se refirió a las reservas técnicas, y señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.5.2.2.1.9 del Decreto 780 de 2016, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), las organizaciones de economía solidaria vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud que se encuentran autorizadas para operar el aseguramiento en salud, las Entidades Adaptadas al SGSSS y las Cajas de Compensación Familiar que operan en los regímenes contributivo y/o subsidiado, independientemente de su naturaleza jurídica, tienen la obligación de calcular, constituir y mantener actualizadas mensualmente las reservas técnicas.

10. Afirmó que las reservas técnicas permiten determinar la capacidad económica de las entidades autorizadas para garantizar el aseguramiento en salud y responder por sus obligaciones actuales o eventuales contraídas en virtud de su actividad y se constituyen como fuente principal para atender el pago de estas.

⁸ Aparte declarado constitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014.

11. Enfatizó en lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 2.5.2.2.1.9 del Decreto 780 de 2016 que determina como propósito principal de las reservas técnicas mantener una provisión para garantizar el pago de la prestación de servicios de salud en cuanto a los servicios ya conocidos por la entidad y a los ocurridos, pero no conocidos, que hagan parte de los servicios y tecnologías que se financian con cargo a la UPC y de los planes complementarios, así como las incapacidades por enfermedad general. Así mismo, precisó que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.5.2.2.1.1 y siguiente del Decreto 780 de 2016, la constitución de las reservas técnicas por parte de las EPS es obligatoria como requisito de habilitación y permanencia para operar el aseguramiento en salud.

12. Concluyó que es necesario consultar a la Sala dado que, si bien por mandato legal la UPC se define como una prima anual en función del perfil epidemiológico y demográfico de la población, de los riegos cubiertos, de los costos de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad y tecnología, no se contempla, de manera expresa, que su destinación debe realizarse para el pago de servicios de salud prestados **en vigencias diferentes de la que se está fijando**. Por lo anterior, considera necesario el análisis e interpretación de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De acuerdo con lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social planteó los siguientes interrogantes:

1. ¿El principio de anualidad presupuestal es aplicable a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación?
2. Teniendo en cuenta que la fijación de la UPC es anual ¿Existe la obligación para que la radicación de la facturación por parte de las IPS se realice dentro de la vigencia en la cual fue determinada la UPC?
3. ¿En caso de que no le sea aplicable el principio de anualidad a la UPC, las EPS están facultadas para realizar pagos de cartera por prestación de servicios de salud de vigencias anteriores haciendo uso de la Unidad de Pago por Capitación que fue calculada y reconocida para una anualidad diferente?
4. ¿Las EPS están facultadas para utilizar las inversiones de las reservas técnicas para pagar obligaciones de vigencias distintas para las cuales fueron constituidas sin que se autorice mediante la expedición de un acto administrativo?

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme a los argumentos expuestos por el Ministerio consultante, la Sala evidencia dos grandes temas a analizar: el primero, se refiere a la naturaleza y uso de la Unidad de Pago por Capitación – UPC; y el segundo, al uso de las reservas técnicas; en ambos

casos, para pagar obligaciones de vigencias anteriores a la de su fijación. A partir de estos temas, se identifican los siguientes problemas jurídicos:

- i) Aplicación del principio de anualidad a la UPC.
- ii) Posibilidad de que las EPS hagan uso de la UPC para el pago de cartera vencida por servicios de salud prestados en vigencias anteriores a la que fue calculada y reconocida dicha UPC.
- iii) Criterio temporal para la radicación de la facturación por parte de las IPS.
- iv) El uso de las inversiones de las reservas técnicas para pagar obligaciones de vigencias distintas para las cuales fueron constituidas.

La Sala advierte que, por unidad de materia, las preguntas 1 y 3 se resolverán en los capítulos 1, 2 y 3 en los cuales se abordarán el análisis de los problemas jurídicos i) y ii). El estudio de las preguntas 2 y 4 se hará en los capítulos 4 y 5, que responden a los problemas jurídicos iii) y iv).

Así pues, para resolver los problemas jurídicos mencionados, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos:

I. EJES TEMÁTICOS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS i) y ii)

1. Sistema de Seguridad Social Integral

- 1.1. Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).
- 1.2. Consideraciones preliminares sobre el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).
- 1.3. Otros recursos del SGSSS administrados por la ADRES y reconocidos a las EPS e IPS para el aseguramiento en salud y demás prestaciones de salud.

2. Unidad de pago por capitación- UPC

- 2.1. Concepto.
- 2.2. Naturaleza y uso de la UPC.
- 2.3. Conclusiones de la UPC.
- 2.4. Decisiones de la Corte Constitucional respecto a la insuficiencia de la UPC.

3. Principio de anualidad presupuestal

- 3.1. Generalidades de la anualidad.
- 3.2. Principio de anualidad presupuestal.
- 3.3. Aplicación del principio de anualidad presupuestal a la UPC.

3.4. Derecho a la salud y principios de eficiencia, sostenibilidad y continuidad.

II. EJES TEMÁTICOS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS iii) y iv)

4. Cobro de los servicios y tecnologías en salud

- 4.1. Régimen jurídico aplicable
- 4.2. Las modalidades de pago
- 4.3. La radicación de la facturación
- 4.4. Conclusiones

5. Reservas técnicas y el régimen de inversión

- 5.1. Antecedentes.
- 5.2. Las condiciones financieras exigidas a las EPS.
- 5.3. Metodología para la constitución de las reservas técnicas.
- 5.4. Liberación de las reservas técnicas.
- 5.5. El régimen de inversión de las reservas técnicas.
- 5.6. Conclusiones.

6. La decisión de la Corte Constitucional sobre reservas técnicas (Auto 007 de 2025)

7. Consideraciones finales.

III. DESARROLLO NORMATIVO

I. EJES TEMÁTICOS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS i) y ii)

1. Sistema de Seguridad Social Integral

1.1. Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)

De conformidad con la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad. Entre sus obligaciones está el deber de garantizar la eficacia de los principios y derechos reconocidos en la Carta.

A partir de los artículos 48⁹ y 49¹⁰ de la Constitución, el Legislador expidió la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el fin de garantizar el derecho irrenunciable de la persona y la comunidad a la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Este régimen está conformado por el Sistema General de Pensiones, el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Sistema de Riesgos Profesionales y el Sistema de Servicios Sociales Complementarios.

En relación con la creación del Sistema de Seguridad Social Integral (en adelante SSSI), el Consejo de Estado¹¹ ha manifestado:

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI), como el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.

El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.
2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la Ley 100.
3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al Sistema, mediante mecanismos que, en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente accedan al Sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

De acuerdo al contenido de la consulta, la Sala abordará el estudio del subsistema de Salud SGS-, su composición y el giro de recursos para el cumplimiento de los fines constitucionales.

⁹ «Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley [...]. «Artículo 49.- La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del 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. // [...]».

¹⁰ Modificado por el art. 1º, Acto Legislativo 02 de 2009.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, 31 de mayo de 2012, Rad: 11001-03-27-000-2007-00036-00(16723).

En materia de salud, la ley consagra, de manera coordinada, una serie de organizaciones, normas y procedimientos de acceso para la comunidad en general, con el fin de garantizar este derecho, conformando un complejo conjunto de entidades aseguradoras y prestadoras del servicio, entrelazadas, pertenecientes a los sectores público y privado, y que reciben el nombre de Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS.

Para tal efecto, la Ley 100 de 1993 introduce abundante normativa que establece la organización del sistema, su dirección y funcionamiento, así como las normas administrativas y financieras, el control y las obligaciones que se derivan de su aplicación. Señala la ley que dentro de los fundamentos del servicio público de salud se encuentran los principios de eficacia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Estos principios se complementan con la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, que son elementos esenciales para que el derecho a la salud sea efectivo¹².

Asimismo, la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 contempla en el artículo 6.^º¹³, como elemento esencial del derecho fundamental a la salud, la debida prestación continua e

¹² Corte Constitucional, T-121 de 2015.

¹³ «Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones»:

ARTÍCULO 6o. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) **Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

[...]

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

[...]

d) **Continuidad.** Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) **Oportunidad.** La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f) **Prevalencia de derechos.** El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

[...]

i) **Sostenibilidad.** El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

k) **Eficiencia.** El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

[...]

ininterrumpida de los servicios de salud para todas las personas. Indica el literal d) de la norma en cita, que «una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas»¹⁴. También señala que el SGSSS debe procurar la mejor utilización de los recursos económicos «para garantizar el derecho a la salud de toda la población».

En armonía con lo anterior, la Ley Estatutaria establece la obligación al Estado de expedir la regulación y las políticas necesarias «para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población»¹⁵. (Subraya la Sala).

Ahora bien, como se ha sostenido, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal. Así lo dispone el artículo 48 constitucional cuando señala que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Es decir, le compete al Estado, a través de su política social, hacer efectivo este derecho en beneficio de la colectividad, dado su carácter de servicio público esencial que le es inherente y que implica el deber de cobertura frente a todos los habitantes del territorio nacional, siendo posible que los particulares presten el servicio, conforme la habilitación prevista en el artículo 365 de la Constitución.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁶, respecto de los principios y composición del SGSS, ha manifestado lo siguiente:

[...]

En particular, la ley 100 de 1993 al regular el Sistema General de Seguridad Social en Salud y la prestación de este servicio público esencial, consagra, entre las reglas aplicables al mismo, la “afiliación obligatoria” de todos los habitantes, en los siguientes términos:

Prevé el artículo 153 de la ley 100:

¹³ La Corte Constitucional, en la sentencia T 027/21, respecto al principio de continuidad en el servicio de salud, sostuvo: «El principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud reviste una especial importancia debido a que favorece el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos de forma completa. Lo anterior, en procura de que tales servicios no sean interrumpidos por razones administrativas, jurídicas o financieras. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional desapruueban las limitaciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas de las EPS que afectan la conservación o restablecimiento de la salud de los usuarios».

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ **LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 ARTÍCULO 5o. OBLIGACIONES DEL ESTADO.** El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

¹⁶ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil 11001-03-06-000-2021-00018-00(2460).

“Artículo. 153.- Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes:

(...) “Obligatoriedad. La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago (...).”

Esto significa que la obligación de afiliarse al sistema de seguridad social en salud es de carácter general y cubre a todos los habitantes sin distinciones de ninguna clase, y su cumplimiento se realiza a través de los regímenes contributivo y subsidiado previstos en la misma ley.

Al respecto, disponen los artículos 201 y 202 de la ley 100 de 1993:

“Artículo 201.- Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema general de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías”.

[...].

Esto significa que la obligación de afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud es de carácter general y cubre a todos los habitantes, sin distinciones de ninguna clase, y su cumplimiento se realiza a través de los regímenes contributivo y subsidiado previstos en la misma ley. **En este precepto legal se diseñó un sistema de prestación de servicios de salud de competencia regulada, basado en la mezcla pública-privada y mercado-regulación, financiado principalmente por las cotizaciones de empleados y empleadores, en el caso del régimen contributivo, y con recursos fiscales obtenidos por medio de tributos generales, para el régimen subsidiado.** [Se resalta].

Según lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, son integrantes del SGSSS:

ARTÍCULO 155. INTEGRANTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:

1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control:
 - a) Los Ministerios de Salud y Trabajo;
 - b) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud;
 - c) La Superintendencia Nacional en Salud;
2. Los Organismos de administración y financiación:
 - a) Las Entidades Promotoras de Salud;
 - b) Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud;
 - c) <Ver Notas del Editor> El Fondo de Solidaridad y Garantía.
3. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas.

4. Las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente Ley, estén adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo.
5. Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados.
6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.
7. Los Comités de Participación Comunitaria "COPACOS" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.
8. <Numeral adicionado por el artículo 243 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Operadores logísticos de tecnologías en salud y gestores farmacéuticos.[...]

En la estructura del sistema SGSS, la ley contempla un diseño institucional dentro del cual es posible diferenciar, por un lado, las EPS, cuya responsabilidad fundamental es la afiliación de los usuarios y la prestación a sus afiliados del Plan de Beneficios de Salud (PBS) y, por otro lado, las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que son entidades privadas, oficiales, mixtas, comunitarias o solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema, dentro de las EPS o fuera de ellas.¹⁷

Se reitera, el derecho a la salud es garantizado a través de un sistema de aseguramiento compuesto por el Estado colombiano (Ministerio de Salud y Protección Social; la Superintendencia de Salud; los entes territoriales, tales como departamentos y municipios); las aseguradoras, que se denominan Entidades Administradoras del PBS, dentro de las cuales están las EPS y las IPS.

El SGSSS está dividido en tres componentes, a saber: i) el Régimen Contributivo (RC) para las personas con capacidad de pago; ii) el Régimen Subsidiado (RS) para la población sin capacidad de pago; y iii) los Regímenes Especiales (RE) para los empleados de algunas entidades del Estado.

Debe destacarse que la Constitución Política, en sus artículos 365 y 366, establece que los servicios públicos en general son inherentes a la finalidad social del Estado, en armonía con lo dispuesto por el artículo 2.º de la Carta Política, en cuanto que es deber del Estado asegurar su prestación a «todos los habitantes del territorio nacional» de conformidad con la ley, reiterando en este sentido el principio de la universalidad.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta el marco constitucional, el Sistema de Seguridad Social en Salud está gobernado por los principios de universalidad, eficiencia

¹⁷ Ley 100 de 1993: **ARTÍCULO 185. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD.** Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley. [...].

y solidaridad en su prestación¹⁸, lo que significa que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la seguridad social. De esta manera lo ha reiterado la Corte Constitucional¹⁹ al precisar:

[...]La eficiencia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la Seguridad Social -el Estado y los particulares-. Así mismo la eficacia implica la realización del control de los resultados del servicio. En cuanto a la solidaridad, es un principio que aspira al valor justicia y que bebe en las fuentes de la dignidad humana. La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicen de todas las personas". La Seguridad Social es simultáneamente un servicio público y un derecho de las personas. [...].

En suma, el ordenamiento jurídico ha reconocido al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y a cada uno de los elementos que lo conforman, como un sistema correlacionado, conformado por diversos agentes, normas, procedimientos, instituciones y recursos orientados al cumplimiento de las obligaciones del Estado en la prestación del servicio de salud para todas las personas, sin excepción, en el territorio nacional.

1.2. Consideraciones preliminares sobre el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)

Bajo la prohibición de destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ellas²⁰ se construyó el SGSSS, que diseñó un sistema de prestación de servicios de salud de competencia regulada, basado en la mezcla pública-privada y mercado-regulación²¹, financiado, principalmente, por las cotizaciones de

¹⁸ I) Universalidad: Este principio establece que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, tienen derecho a acceder a los servicios de salud. Significa que el acceso a la atención médica no debe depender de la situación socioeconómica, la nacionalidad, la edad u otros factores discriminatorios. II) Eficiencia: Implica que los recursos disponibles para la salud se utilicen de manera óptima para obtener los mejores resultados en términos de salud y calidad de vida. Esto incluye la planificación, la gestión y la implementación de los servicios de salud de forma eficiente, minimizando el desperdicio de recursos y maximizando el impacto en la salud de la población. III) Solidaridad: Este principio enfatiza la idea de que la salud es un asunto colectivo y que todos tienen un papel en la protección de la salud de los demás. Implica que se debe garantizar que los grupos más vulnerables y con mayor riesgo de enfermedad tengan acceso a la atención médica, y que los más fuertes contribuyan a la protección de los más débiles. Además, la solidaridad implica que la sociedad se preocupa por las necesidades de salud de todos, independientemente de su capacidad económica o de otros factores. [Ley 100 de 1993].

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-134-93.

²⁰ Cfr. Constitución Política, artículo 48, inciso 5.

²¹ C.A. AGUDELO CALDERÓN; J. CARDONA BOTERO; J. ORTEGA BOLAÑOS; R. ROBLEDO MARTÍNEZ. *Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas*. En *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2011, vol.16, n.6, pp. 2817-2828.

empleados y empleadores, en el caso del régimen contributivo, y por recursos fiscales para el régimen subsidiado.

En consonancia con los preceptos de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 dispuso que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella (art. 9). Asimismo, se previó la intervención del Estado en el SGSSS, en procura, entre otros objetivos, de evitar que los recursos que se destinen al servicio público de seguridad social en salud se utilicen en fines diferentes²², reforzando así el mandato constitucional del artículo 48.

Para estos efectos, el manejo y administración de los recursos que integran los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud²³ se atribuyó en gran medida al Fosyga, (hoy la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES)²⁴.

Actualmente la ADRES está encargada de «gestionar y proteger el adecuado uso de los dineros que soportan la prestación de los servicios de salud, así como de los pagos, giros y transferencias que se deben realizar a los diferentes agentes que intervienen en el mismo sistema»²⁵.

Uno de esos agentes son precisamente las EPS, entidades que pueden ser de naturaleza pública o privada, que están encargadas de afiliar a los usuarios al sistema y garantizarles la prestación de los servicios de salud²⁶, en especial el Plan Integral de Protección de salud²⁷, llamado inicialmente Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy Plan de Beneficios en

²² Ley 100 de 1993. Artículo 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:// (...) // g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes.

²³ Ibidem. Artículo 201.- Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías.

²⁴ La ADRES - es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. La entidad es asimilada a una Empresa Industrial y Comercial del Estado. La ADRES fue creada con el fin de garantizar el adecuado flujo de los recursos y los respectivos controles.

²⁵

ADRES.	Página	Web
https://www.adres.gov.co/Portals/0/Atencion%20al%20Ciudadano/Documentos/PORTAFOLIO%20ADMINISTRADORA%20DE%20LOS%20RECURSOS%20DEL%20SGSSS%20ADRES.pdf?ver=2021-03-25-075645-423		

²⁶ Art. 156 de la Ley 100 de 1993.

²⁷ El art. 156 de la Ley 100 de 1993 :

[...] d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud;

Salud (PBS) y consagrado en la Ley 100 de 1993 a favor de todos los usuarios del sistema.

Para estos efectos, el Estado se encarga de cubrir el aseguramiento en salud, reconociendo a las EPS la UPC²⁸ por cada usuario, como prima de riesgos que garantiza que todos los usuarios reciban el PBS, como se estudiará más adelante.

Para garantizar los servicios de salud a sus afiliados, las EPS pueden prestarlos directamente, a través de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), o celebrar contratos con otras IPS.

En relación con los recursos con los cuales se financian los servicios de salud en el SGSSS, en especial aquellos que cubren el aseguramiento en salud (UPC), es importante tener en cuenta las disposiciones que se enuncian a continuación:

1. En el régimen contributivo

Cuando se trata del régimen contributivo, los recursos con los cuales se financian los valores de las UPC reconocidos a las EPS para el aseguramiento en salud provienen, fundamentalmente, de las contribuciones obligatorias de los afiliados a este régimen, y cuando estos no son suficientes, de los demás recursos de la ADRES. Al respecto, vale la pena resaltar las siguientes disposiciones:

- **Ley 100 de 1993**

Artículo 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno;

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud».

[...].

Nota: Este régimen fue parcialmente modificado por la Ley 1751 de 2015 y sus normas complementarias, en lo relativo al POS, en el cual se le denominó Plan de Beneficios en Salud.

²⁸ Esto es, un valor per cápita fijado periódicamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, por cada usuario del sistema.

correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.

Artículo 182. De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita <sic>, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

Parágrafo 1o. Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.

Artículo 202. Definición. Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 1607 de 2012. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.

Artículo 205. Administración del régimen contributivo. Las Entidades Promotoras de Salud recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten. (Resalta y subraya la Sala).

De estas disposiciones, se observa lo siguiente:

- a) En el régimen contributivo, la UPC con la cual se garantiza la prestación de los servicios del Plan de Beneficios en Salud (PBS), antes POS, es financiada, fundamentalmente, con las cotizaciones que realizan conjuntamente los empleadores y sus trabajadores dependientes, los trabajadores independientes, los pensionados, entre otros.

- b) Los dineros de las contribuciones son recaudados directamente por la EPS, por delegación de la ADRES, antes FOSYGA.
- c) Por expresa disposición legal, estos dineros son recursos del SGSSS que deben ser manejados por las EPS en cuentas independientes del resto de sus rentas y bienes.
- d) Frente a los valores recaudados por las EPS por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, tales entidades tienen la facultad de descontar los valores por UPC que les deben ser reconocidos para el aseguramiento en salud²⁹. Como se verá, la facultad de realizar los referidos descuentos se encuentra radicada en la actualidad en la ADRES, antes Fosyga.
- e) Si los valores recaudados por concepto de contribuciones no son suficientes para cubrir las UPC, la ADRES deberá cancelar directamente la diferencia a las EPS.

Al respecto, considera oportuno la Sala hacer referencia al alcance y finalidad de la compensación interna en el SGSSS.

El Legislador estructuró el SGSSS con criterios de sostenibilidad, a partir de un andamiaje normativo y financiero orientado a garantizar el flujo adecuado de los recursos, dentro del mismo. Para ello, estableció mecanismos clave como la UPC, que permite una asignación per cápita de recursos según el perfil de riesgo de la población afiliada; el proceso de compensación a través del ADRES, que busca centralizar y distribuir los recursos de manera equitativa entre los aseguradores; y la obligación de constituir reservas técnicas, que aseguran la disponibilidad de fondos para cubrir las obligaciones con prestadores y proveedores, contribuyendo así a la estabilidad y continuidad en la prestación de los servicios de salud.

En el complejo flujo de recursos del SGSSS, descrito con anterioridad, como se mencionó, existe el **proceso** de «**compensación**», el cual implica que la ADRES determina y reconoce los recursos a que tienen derecho las EPS³⁰, realiza los descuentos correspondientes y cancela, de ser necesario, la diferencia en caso de que la suma de las UPC sea mayor que los ingresos por cotización.

En ese sentido, es relevante considerar los artículos 205, 219 y 220 de la Ley 100 de 1993, para efectos de comprender la finalidad y alcance de la figura de la compensación interna en el SGSSS.

²⁹ Al respecto, ver concepto Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 8 de junio de 2006, Rad. 11001-03-06-000-2006-00043-00(1741).

³⁰ Entidades Obligadas a compensar.

El artículo 205 indica que cada EPS recauda las cotizaciones de sus afiliados al régimen contributivo, pero lo hace por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, hoy remplazado por la ADRES. Por ello, las EPS deben reintegrar a esa entidad el total de las cotizaciones recibidas, pudiendo descontar de su valor, lo que le corresponda a cada EPS por concepto de Unidad de Pago por Capitación (UPC)³¹.

Aquel reintegro lo pueden hacer las EPS, cuyos ingresos por cotización son mayores al valor de las UPC que les corresponde, porque si sucede lo contrario, es decir, cuando el valor de las UPC al que tienen derecho es mayor a los ingresos que recibieron por cotizaciones, la ADRES, de conformidad con la misma disposición, es la que tiene que girar el dinero faltante a las EPS, que así lo reportan:

ARTÍCULO 205. Administración del Régimen Contributivo. Las Entidades Promotoras de Salud recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación -UPC- fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía deberá cancelar la diferencia del mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten.

PARÁGRAFO 1. El Fondo de Solidaridad y Garantía está autorizado para suscribir créditos puente con el sistema bancario en caso de que se presenten problemas de liquidez al momento de hacer la compensación interna.

PARÁGRAFO 2. El Fondo de Solidaridad y Garantía sólo hará el reintegro para compensar el valor de la Unidad de Pago por Capitación de aquellos afiliados que hayan pagado íntegra y oportunamente la cotización mensual correspondiente. La Superintendencia Nacional de Salud velará por el cumplimiento de esta disposición.
[Subraya la Sala]

El artículo 219 creó unas subcuentas, hoy a cargo de la ADRES, entre ellas, la subcuenta de «compensación interna del régimen contributivo». A esta subcuenta, según el artículo 220, es a la que llega el mayor valor que reintegran las EPS por mandato del artículo 205 de la ley. Aquellos recursos son los que se utilizan para completar el valor de las UPC de aquellas EPS con ingresos por cotización menores al valor de las UPC que les corresponde:

ARTÍCULO 219. Estructura del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes:

a) De compensación interna del régimen contributivo;

³¹ En este punto hay que recordar que las EPS reciben diferentes valores de UPC, según la edad de cada afiliado (por los mayores de 60 años de edad y menores a un año el valor de las UPC es más alto que el del resto de afiliados).

- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;
- c) De promoción de la salud;
- d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta Ley.

ARTÍCULO 220. Financiación de la Subcuenta de Compensación. Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación, UPC, que le serán reconocidos por el Sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas. [Subraya de la Sala].

Entonces, la figura de la compensación interna en el SGSSS consiste en una redistribución de los ingresos por concepto de cotizaciones, para cubrir las UPC de cada EPS, con ingresos por cotización menores al valor de las UPC que les corresponde.

En ese orden, el sistema, tal y como fue concebido por el Legislador, ha buscado, de un lado, que la UPC cubra los gastos financieros del PBS previstos para el usuario del sistema de salud, mientras que, paralelamente, a través de la compensación, ha determinado que, por redistribución, se cubran, además de otros factores, los ingresos de las cotizaciones menores con relación al valor de la UPC, de manera tal que los aspectos centrales del riesgo financiero en salud estén cubiertos.

Así las cosas, a juicio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la compensación es un trámite administrativo importante para garantizar el flujo de recursos de manera oportuna a aquellas entidades que no cuentan con la UPC necesaria para atender los servicios de salud de sus afiliados.

2. En el régimen subsidiado

De acuerdo con el artículo 211 de la Ley 100 de 1993, el régimen subsidiado «es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley».

En concordancia con lo anterior, el artículo 214 de la misma norma, modificado por el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011³², establece las siguientes fuentes de financiamiento de las UPC en este régimen:

Artículo 214. Recursos para aseguramiento. Artículo modificado por el artículo 44

³² Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

de la Ley 1438 de 2011. La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

1. De las entidades territoriales

1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, [...].
2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar [...].
3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen [...].
4. Los recursos de regalías [...].
5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado.

2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)

1. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.
2. El monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.
3. Recursos del Presupuesto General de la Nación [...].
4. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley.
5. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones.

3. Otros

1. Recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010.
2. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado.
3. Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.

Inicialmente, la Ley 100 de 1993 asignó a las entidades territoriales la administración de estos recursos que financian las UPC en el régimen subsidiado y su pago a las EPS, previo contrato de aseguramiento celebrado entre estas³³.

Posteriormente, el legislador cambió sustancialmente la operación del régimen subsidiado eliminando el esquema de contratación entre las entidades territoriales y las EPS. En su lugar, se creó el mecanismo de giro directo³⁴ para transferir las UPC

³³ **ARTÍCULO 215. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.** Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. [...].

³⁴ Para el régimen contributivo, el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social 780 de 2016, subsección 3 (subsección sustituida por el Decreto 489 de 2024) y en sus artículos 2.6.4.3.1.3.1. y subsiguientes, estableció los porcentajes y condiciones que se deben dar para el giro directo de los recursos del régimen contributivo, así:

[...] **Artículo 2.6.4.3.1.3.1. Objeto y campo de aplicación.** La presente subsección tiene por objeto definir los porcentajes y condiciones para el giro directo de los recursos que se reconocen a las Entidades Promotoras de Salud - EPS del Régimen Contributivo y Entidades Obligadas a Compensar - EOC, por concepto de Unidad de Pago por Capitación — UPC.

Aplica a las EPS del régimen contributivo, entidades obligadas a compensar, a las instituciones y entidades que presten servicios de salud y provean tecnologías en salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES. Así mismo, se aplicará a las Entidades Promotoras de Salud EPS del régimen subsidiado frente a los recursos que perciban por los afiliados del régimen contributivo cuando proceda la medida.

Igualmente aplica a las EPS que voluntariamente se quieran acoger al mecanismo de giro directo.

Parágrafo. Las disposiciones contenidas en la presente subsección no aplican a las EPS adaptadas del Estado y aquellas que en su desempeño financiero cumplan con el patrimonio adecuado de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 150 de la Ley 2294 de 2023.

[...] **Artículo 2.6.4.3.1.3.2. Procedencia de la medida de giro directo.** La medida de giro directo de los recursos provenientes de la Unidad de Pago por Capitación — UPC, de que trata el artículo 2.6.4.3.1.3.1, que se determina y reconoce a las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar, procede en los siguientes eventos:

1. Cuando las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar no cumplan con el indicador de patrimonio adecuado.
2. Cuando las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar se encuentren en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013.
3. Cuando las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar quieran acogerse de manera voluntaria al mecanismo de giro directo. [...].

Por su parte, la Ley 1438 de 2011, se refirió al giro directo en el régimen subsidiado, en su artículo 29, así:

ARTÍCULO 29. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo.

La Nación podrá colaborar con los municipios, distritos y departamentos, cuando aplique, con la identificación y registro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado.

directamente a las IPS, con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno nacional.

1.3. Otros recursos del SGSS administrados por la ADRES y reconocidos a las EPS e IPS para el aseguramiento en salud y demás prestaciones de salud

Es importante destacar que, además de los recursos de las UPC, destinados a cubrir el aseguramiento obligatorio en salud de todos los usuarios del Sistema, el Estado, a través de la ADRES, administra, reconoce y transfiere a las EPS e IPS, otros recursos, de origen fiscal o de solidaridad, destinados a la prestación de servicios de salud.

Entre estos, los destinados al pago de las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y los recursos dirigidos a financiar las actividades de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad de los afiliados al régimen contributivo, conforme con lo definido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Asimismo, los recursos para cubrir los recobros presentados por las EPS, por concepto de servicios de salud no incluidos en el PBS, autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados por fallos de tutela.

De manera adicional, los recursos dirigidos a cubrir las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) del Fosyga, hoy ADRES.

Como se observa, es de la esencia del sistema la existencia de un complejo flujo de recursos del SGSSS entre sus diferentes actores o agentes; recursos que tienen distinto origen y son administrados en gran medida por la ADRES, antes Fosyga, la cual los reconoce y transfiere a los agentes del sistema, en especial, a las EPS y a las IPS, para cubrir, fundamentalmente, el aseguramiento en salud, así como la promoción y prevención de los servicios de salud, las incapacidades originadas por enfermedades de los afiliados cotizantes y el pago de los recobros por servicios no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud, antes POS.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los distritos y los municipios de más de cien mil habitantes (100.000) podrán continuar administrando los recursos del Régimen Subsidiado hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2012, utilizando el instrumento jurídico definido en el presente artículo.

Y el Decreto 780 de 2016, capítulo 2 «Administración de los recursos del Régimen Subsidiado» del Título 2 «Recursos del Régimen subsidiado», «artículo **2.3.2.2.1. Objeto.** En este Capítulo se define el instrumento jurídico y técnico para efectuar el giro directo a las EPS e IPS de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado y para el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados a dicho régimen».

Sobre el mecanismo de giro directo, ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2520 del 31 de julio de 2024.

Ahora bien, en atención a lo previsto en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 y a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁵, si bien es cierto que los servicios incluidos en el plan de beneficios debían ser costeados por la UPC, también lo es que, por disposición de la Ley 1955 de 2019, las tecnologías que hacen parte del plan tienen tres fuentes de financiación:

- i) **La Unidad de Pago por Capitación.** Fuente principal de financiamiento de los servicios y tecnologías cubiertos por el PBS, razón por la cual será desarrollada con mayor profundidad.
- ii) **Los techos o presupuestos máximos.** Mecanismo creado por el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, en virtud del cual a las EPS de ambos regímenes se les asigna un presupuesto anual con el que deben realizar la gestión y garantizar a todos los afiliados, la prestación de los servicios y tecnologías en salud no cubiertos con la UPC. Esta fuente de financiación entró en funcionamiento el 1.º de marzo de 2020.
- iii) **Los recursos de la ADRES.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del inciso segundo de la Resolución 094 de 28 de enero de 2020³⁶, a través del procedimiento conocido como recobro, las EPS pueden solicitar a la Adres la devolución de los dineros que destinaron a la prestación de servicios y tecnologías en salud que no son cubiertos por la UPC o por los presupuestos máximos.

En resumen, los recursos que financian el SGSSS (PBS y los servicios y tecnologías del PBS), tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, son los siguientes:

A. PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD, PBS³⁷

³⁵ Corte Constitucional, Sentencias SU-480 de 1997, C-828 de 2001, C-824 de 2004, T-760 de 2008, C-978 de 2010, T-329 de 2018 y C-093 de 2018.

³⁶ Expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social «Por la cual se imparten lineamientos para el reconocimiento de servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC de los afiliados a los Regímenes Contributivo y Subsidiado, por parte de la Administradora de los Recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES».

³⁷ El artículo 182 de la Ley 100 de 1993 los servicios incluidos en el plan de beneficios debían ser costeados por la UPC.

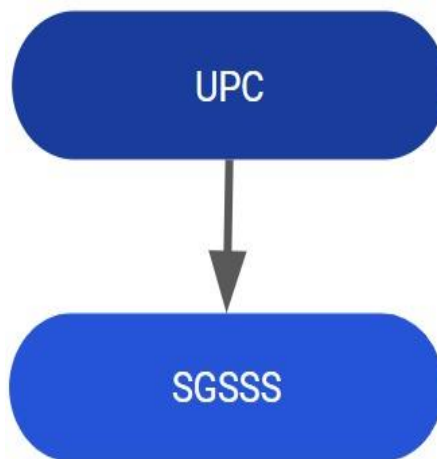


Ilustración 1-Nota fuente propia

B. FINANCIACION DE SERVICIOS Y TECNOLOGIAS DEL PBS

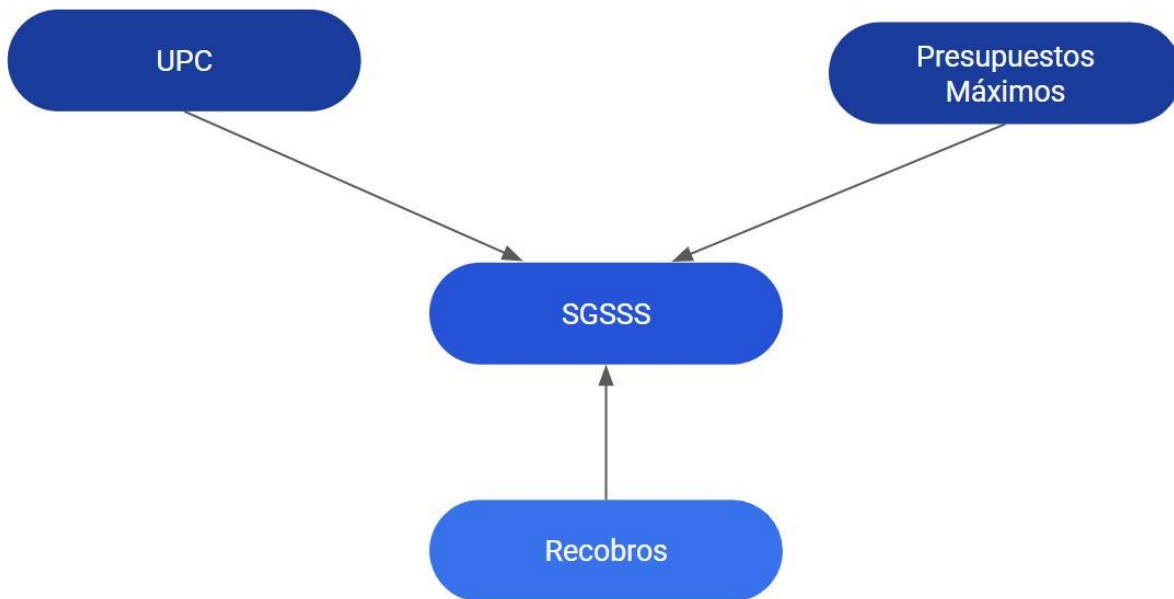


Ilustración 2-Nota fuente propia

Ahora bien, como se deduce de las normas analizadas en precedencia, la administración de los recursos que integran los dos regímenes del SGSSS³⁸ fue atribuida por la Ley 100 de 1993 al Fosyga y a las entidades territoriales y, a partir de la Ley 1438 de 2011, concentrada en el Fosyga, hoy ADRES.

El Fosyga se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, que operaba por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia³⁹. De este hacían parte cinco subcuentas independientes, a saber: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, y e) de garantías para la salud.

En consonancia con el artículo 48 de la Constitución Política, que prohíbe destinar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social en Salud para fines diferentes a ella, el reglamento previó que los recursos del Fosyga se manejarían de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarían exclusivamente a las finalidades consagradas para estas en la ley⁴⁰.

Posteriormente, la Ley 1753 del 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de los recursos del SGSSS, creó la **ADRES**, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

Dicha entidad tiene por objeto la administración de los recursos que hacían parte del Fosyga – el cual debía suprimirse una vez entrara en operación la ADRES–, los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Para desarrollar este objeto, el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 le atribuyó a la ADRES, entre otras, las siguientes funciones:

- Administrar los recursos del Sistema señalados en el art. 67⁴¹ de la misma ley.

³⁸ Ley 100 de 1993. Artículo 201 Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías.

³⁹ Artículo 218 de la Ley 100 de 1993.

⁴⁰ Decreto 1283 de 1996.

⁴¹ Ley 1753 de 2015. Artículo 67.

- **Efectuar el reconocimiento y pago de las UPC y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud.**
- Realizar los pagos, efectuar giros directos, a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema, que en todo caso optimice el flujo de recursos.
- Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que promueva la eficiencia en la gestión de los recursos.

En desarrollo de la Ley 1753 de 2015, el Gobierno nacional, mediante Decreto 1429 de 2016, modificado por los Decretos 546 y 1264 de 2017, definió la estructura interna de la entidad, reiterando las funciones asignadas por la Ley 1753 de 2015.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 1429 de 2016, a partir de la fecha en la cual la ADRES asumió la administración de los recursos del Sistema, cualquier referencia realizada a la normativa del Fosyga, a las subcuentas que lo conformaban o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social se entenderá referida a la ADRES.

En definitiva, el ordenamiento le otorgó, inicialmente al Fosyga, y con posterioridad a la ADRES, la función de administrar, reconocer y transferir los recursos del SGSSS destinados a cubrir el aseguramiento en salud, en especial, aquellos recursos con los cuales se cubre la UPC, tanto en el régimen contributivo como subsidiado.

La Sala considera importante resaltar los términos utilizados por el ordenamiento respecto de los recursos que administra la ADRES y su recaudo y manejo por las EPS u otras entidades, que demuestran que son recursos del SGSSS y no pertenecen al patrimonio de las EPS. Lo anterior, de manera independiente de las autorizaciones otorgadas por la ley a la ADRES, para que realice el cruce de cuentas entre los dineros que se deben reconocer a las EPS para garantizar los servicios de salud.

El artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 establece que los gastos de administración de las EPS serán máximos del 10% de las UPC en el régimen contributivo, y hasta del 8% de las UPC en el régimen subsidiado. De manera adicional, la norma señala que «los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado». Los demás recursos recibidos por concepto de UPC deberán ser invertidos en la prestación de los servicios de salud.

2. Unidad de Pago por Capitación - UPC

2.1. Concepto

Teniendo en cuenta que uno de los recursos con los cuales se financia el SGSSS es la UPC, figura frente a la cual versa la consulta, entra la Sala a estudiar su naturaleza y uso.

En el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 se definen las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se estableció, entre otras cosas, que «por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud [recibiría] una Unidad de Pago por Capitación, UPC, que [sería] establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud».

El artículo 162 de la misma Ley 100 dispone la creación de un Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy Plan de Beneficios de Salud (PBS) en atención a lo dispuesto en la Ley 1751 de 2015, para todos los habitantes del territorio nacional que permita la protección integral de las familias en las fases de promoción y fomento de la salud, de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías.

Así pues, de acuerdo con los artículos 162⁴² y 182 de la Ley 100 de 1993, el SGSSS reconocerá y pagará a las Entidades Promotoras de Salud - EPS **un valor per cápita** denominado Unidad de Pago por Capitación -UPC, establecido en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, cuya definición corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social.

Al respecto, el artículo 182 dispone:

ARTÍCULO 182. DE LOS INGRESOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita <sic>, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁴³, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

PARÁGRAFO 1o. <sic> Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.

⁴² Artículo 162. Plan De Salud Obligatorio.

⁴³ Esta entidad fue sustituida por la Comisión de Regulación en Salud (CRES) [Ley 1122 de 2007].

El conocimiento del perfil epidemiológico de la población relevante, los riesgos cubiertos y los costos de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería dependen del reporte de información efectuado por las fuentes determinadas en la metodología de cálculo de la UPC y de los ajustadores de riesgo, principalmente las EPS.

A través de la Ley 1122 de 2007⁴⁴, el legislador reformó, entre otros aspectos, la financiación del SGSSS. Una de las modificaciones introducidas fue la creación de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), a la cual asignó como una de sus funciones definir el valor de la UPC de cada régimen. Luego con el Decreto 2560 de 2012 se ordenó su supresión y liquidación y el traslado de esa función al Ministerio de Salud y Protección Social, que actualmente conserva⁴⁵.

La UPC costea mayoritariamente el PBS creado por la Ley Estatutaria en Salud (1751 de 2015). La UPC equivale a la *prima del seguro* en el SGSSS, un monto fijo que se calcula anualmente y se entrega de acuerdo con la liquidación mensual de afiliados a las EPS, con un ajuste según edad, género y ubicación geográfica, entre otras variables, y que además, es complementado con las cuotas moderadoras y los copagos de los afiliados. Su finalidad es garantizar que esas entidades cuenten con los recursos necesarios para cubrir la prestación de los servicios y tecnologías en salud, hoy, del PBS.

Es decir, la UPC es el valor que el Gobierno paga a las EPS por el **aseguramiento en salud** de cada afiliado al SGSSS. Con este valor se financia un alto porcentaje de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS. La UPC está basada en la teoría de los seguros, según la cual, la prima es la contraprestación por asumir y gestionar un riesgo. En el caso del SGSSS se fija de manera global y se reconoce a cada aseguradora por asumir, gestionar y garantizar la prestación de los servicios de las personas afiliadas⁴⁶.

La Corte Constitucional, ha considerado⁴⁷ que esta prima (UPC) se divide en prima pura y comercial. «La primera corresponde al valor que asume la EPS; es el precio por la probabilidad de que un **siniestro ocurra** en materia de salud, la posibilidad de que los afiliados tengan algún contacto con los diferentes servicios de salud ya sea de manera externa, mediante urgencias u hospitalizaciones. La prima comercial, por su parte, es la

⁴⁴ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁴⁵ La Comisión de Regulación en Salud (CRES) fue suprimida por el artículo 1 del Decreto 2560 de 2012, "por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud (CRES), se ordena su liquidación y se trasladan unas funciones al Ministerio de Salud y Protección Social y se dictan otras disposiciones", publicado en el Diario Oficial No. 48.640 de 10 de diciembre de 2012. El artículo 26 traslada funciones al Ministerio de Salud y de la protección Social.

⁴⁶ Corte Constitucional, Auto 0875 de 2024.

⁴⁷ *Ibidem*.

sumatoria de la prima más los recargos necesarios para enfrentar un siniestro, como sucede con los gastos de administración». [resaltado fuera del texto].

Ahora bien, con la UPC, las EPS reciben un pago por cada persona afiliada, lo que, en principio, debería permitirles cubrir los gastos en atención médica, medicamentos, pruebas diagnósticas y otros servicios incluidos en el PBS. Lo que reciben las aseguradoras constituye un mecanismo de pago *ex ante*, es decir, previo a la demanda de servicios de salud de los asegurados, lo que le permite a las EPS contener el gasto en servicios de salud, los cuales se garantizan mediante contrato con las IPS en las que sus afiliados reciben atención.

En suma, la UPC es un mecanismo de redistribución de riesgos, como quiera que las EPS reciben un monto fijo mensual por persona, cuyo objetivo es garantizar que todos los afiliados al SGSSS tengan acceso a una atención médica de calidad, independientemente de su capacidad de pago.

De lo anteriormente expuesto, la UPC tiene una doble connotación:

- a) **Como valor de aseguramiento.** Sobre esta característica, en sentencia C-1480 de 2000, la Corte consideró:

En efecto, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el sistema a sus usuarios, la ley diseñó la Unidad de Pago por Capitación -UPC- (UPC para el régimen contributivo y UPC-S para el Subsidiado), como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud -POS para el Contributivo y POS-S para el subsidiado-) que ofrece el Sistema. **Así, se entiende la UPC como el valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera**, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. **En virtud de lo anterior, mensualmente cada EPS o ARS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del RC y total (sic) parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el caso del RS.**(Negrilla fuera de texto).

- b) **Como monto calculado del costo del servicio.** Según la Corte Constitucional, Sentencia C-828 de 2001:

La Unidad de Pago por Capitación **no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.** Esto significa, la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización. (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, para fijar el valor de la UPC de cada régimen debe ser considerado, entre otros elementos esenciales, **el correspondiente a la sostenibilidad financiera**, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3.13 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, artículo modificado por el artículo 3.º de la Ley 1438 de 2011, que lo establece como uno de los principios del sistema, al señalar que «las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo».

A efectos de garantizar la sostenibilidad financiera, la Corte Constitucional ha considerado⁴⁸ que la correcta financiación de la UPC depende de que el ente ministerial realice un estudio de suficiencia que le permita estimar cuál es la probabilidad futura de uso de los servicios, tomando para ello en consideración variables adicionales como el comportamiento del tamaño de la población por edades, el comportamiento histórico de los precios en el sector, el impacto del crecimiento de la tecnología médica, de servicios y medicamentos, entre otras, bajo una metodología de cálculo que le permita establecer un valor correspondiente a las necesidades del sistema de salud.

Es por todo lo anterior, que la Corte ha insistido mediante diferentes autos de seguimiento a acciones de tutela, como se verá más adelante, en que la definición de la UPC debe alcanzar el nivel de suficiencia necesario para financiar el nuevo PBS a partir de lo establecido en la Ley Estatutaria de Salud, de forma que cubra todos los tratamientos y tecnologías en salud. En otras palabras, para la Corte la UPC debe tener una «mayor capacidad de financiamiento» a fin de garantizar efectivamente el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible⁴⁹.

En razón a lo anterior, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007⁵⁰ asigna a las EPS la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores, todo lo cual exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario, y cumpla las obligaciones establecidas en los planes de salud, que deben entenderse,

⁴⁸ Corte Constitucional Auto 00875 de 2024.

⁴⁹ Corte Constitucional, Auto 411 de 2016.

⁵⁰ **ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.** Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

como los servicios y tecnologías de salud financiados con cargo a la UPC. En este contexto, estas entidades en cada régimen son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento.

Ahora bien, es función del Ministerio de Salud y Protección Social definir el valor de la UPC de cada Régimen conforme lo establece el artículo 2 ° del Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el Decreto 2562 de 2012, norma que dispone que, si a 31 de diciembre de cada año no ha sido aprobado su aumento, el valor de las unidades incrementará automáticamente en la inflación causada⁵¹.

Así pues, el Ministerio de Salud y Protección Social está encargado de actualizar la UPC basado en estudios técnicos⁵². Anualmente, se realiza el «Estudio de suficiencia y de los mecanismos de ajuste de riesgo para el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación» utilizando como insumo la Base de Suficiencia, que contiene información del gasto total y frecuencias de uso a nivel **mensual** por aseguradora. Esta información primero se ajusta por atenciones incurridas, pero no reportadas, por la tendencia esperada de la inflación y por la tendencia de serie de frecuencias de uso de servicios. Luego, se incorporan tres ajustadores de riesgo: edad, género y distribución geográfica⁵³.

De esta forma, para el año 2025 el ministerio, mediante la Resolución 2717 de 30 de diciembre de 2024⁵⁴, fijó la UPC para esta anualidad y estableció que el valor promedio de la UPC para el régimen contributivo y el subsidiado corresponde a las sumas de \$1.521.489 y \$1.323.403,20, respectivamente. El valor promedio varía de acuerdo con el grupo etario, el género y la zona geográfica de residencia de los afiliados⁵⁵. Los valores

⁵¹ ARTÍCULO 2°. Funciones. El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes: (34. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen. Si a 31 de diciembre de cada año el Ministerio no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

⁵² Según el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario de Salud y Protección Social, artículo 2.5.3.5.1, el Ministerio de Salud y Protección Social al definir el valor de la UPC, debe publicar la proyección del incremento porcentual precisando los servicios y tecnologías que se venían prestando, así como las actualizaciones efectuadas para cada vigencia.

⁵³ Respecto a esta función del Ministerio, la Sala considera oportuno reseñar que la intervención que la Corte Constitucional ha tenido respecto a la nivelación de la tasación de la UPC en el régimen contributivo y el subsidiado, que como se ha enunciado será referencia más adelante, así como la suficiencia de dicha Unidad para asegurar la prestación de los servicios de Salud a todos los afiliados frente al descalce financiero de las EPS, han sido en clave de suficiencia y que sobre las mismas la Sala no hará estudio alguno por no ser objeto de la consulta.

⁵⁴ Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación - UPC para financiar los servicios y tecnologías en salud de los regímenes subsidiado y contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la vigencia 2025 y se dictan otras disposiciones

⁵⁵ El valor de la UPC varía, tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado según los siguientes criterios:

a. La zona especial de dispersión geográfica.

diferenciados están asociados a la demanda por servicios de salud que enfrenta cada grupo poblacional, ocasionando, por ejemplo, una mayor compensación tanto en los primeros como en los últimos años de vida, y diferenciando mujeres y hombres por razones de fecundidad.

Al respecto, el artículo 23⁵⁶ de la mencionada Ley 1438 de 2011 dispone:

ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.[...].

En este punto, Sala considera importante aclarar, para efectos de la consulta, que de acuerdo con el anterior recuento normativo, debe diferenciarse el período de incremento y el periodo de distribución de la UPC. El primer período, es anual, es decir, el Ministerio lo fija para una anualidad, en atención, como se mencionó atrás, a las condiciones técnicas, epidemiológicas, etarias, entre otros aspectos.

El segundo período referido a la distribución de la UPC debe entenderse en clave al aseguramiento del sistema, es decir, a que su pago es mensual, como también se ha enunciado en párrafos precedentes, pues dichos recursos entran a cubrir los servicios mensuales de salud del PBS.

Esta diferenciación es relevante, como se verá más adelante, para entender el uso de los recursos que por concepto de UPC ingresan al sistema.

-
- b. La ciudad.
 - c. La ubicación de la zona (alejada).
 - d. La concentración de riesgo etario.
 - e. Si se trata de una EPS Indígena.
 - f. Si es una zona especial por dispersión geográfica para EPS Indígena. La Ley 691 de 2001 y del Decreto 1953 de 2014 establecen las características que se deben tener en cuenta para calcular la UPC diferencial indígena.

⁵⁶ Incisos 1o. y 2o. declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C.262/13 de 8 de mayo de 2013.

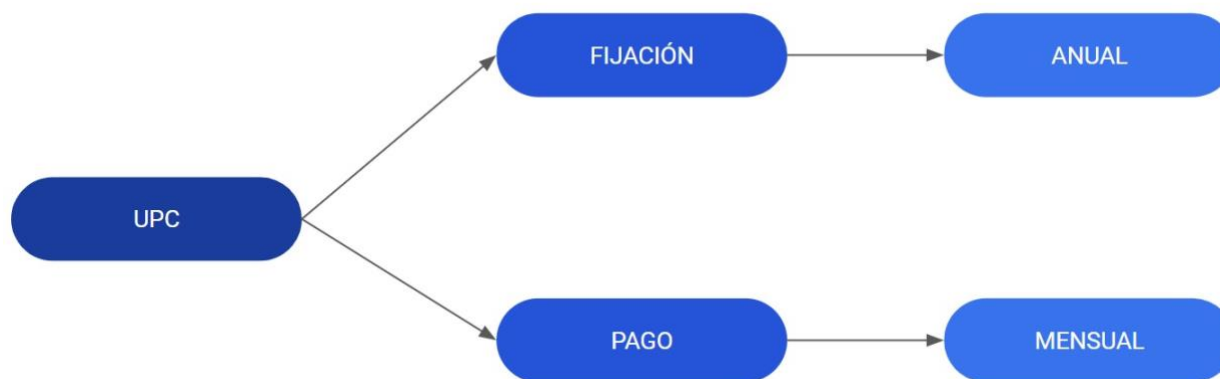


Ilustración 3-Nota fuente propia

Conclusiones preliminares:

1. En el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 se consignaron las características del SGSSS y se estableció, entre otras cosas, que «por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud [recibiría] una Unidad de Pago por Capacitación, UPC, que [sería] establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud».
2. El artículo 162 del referido cuerpo normativo dispuso la creación de un Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy PBS.
3. La UPC reconocida a las EPS debe ser fijada por el Ministerio de Salud y Protección Social en función del perfil epidemiológico de la población, los riesgos cubiertos y los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.
4. En la actualidad, la UPC costea, mayoritariamente, el PBS creado por la Ley Estatutaria de Salud. La UPC equivale a la prima del seguro en el SGSSS; corresponde a un monto fijo que se entrega a las EPS por cada afiliado de forma mensual, con un ajuste según edad, género y ubicación geográfica, entre otras variables, y que además, es complementado con las cuotas moderadoras y los copagos de los afiliados. Su finalidad es garantizar que esas entidades cuenten con los recursos necesarios para cubrir la prestación de los servicios y tecnologías en salud, hoy, del Plan de Beneficios en Salud PBC.
5. Según la sentencia C- 828 de 2001, la UPC no debe entenderse en estricto sentido como una prima de un contrato de seguro clásico, por cuanto el recurso no le pertenece a ninguna persona en particular, sino al sistema para cubrir los riesgos de quien lo necesite más no, necesariamente, de quien efectuó cotizaciones.

6. La UPC cuenta con un período de fijación, que es anual, y corresponde al incremento que anualmente es realizado por el Gobierno nacional, y un período de distribución, que es mensual, y corresponde a su pago para cubrir los servicios de salud del PBS.

2.2. Naturaleza y uso de la UPC

Una vez abordada la definición de la figura de la UPC, la Sala entra a considerar su naturaleza y uso, y para ello acude, en primer término, a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, norma según la cual «[N]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella».

En igual sentido, el artículo 9.º de la Ley 100 de 1993, al referirse a la destinación de los recursos del SGSSS, dispone que «[N]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella». Sobre la interpretación de este artículo, el Consejo de Estado, Sección Segunda⁵⁷, mediante sentencia de Unificación Jurisprudencial, ha considerado:

En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, [...] tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.
[...]

Bajo la anterior norma, los recursos que recaudan las EPS, en nombre de la ADRES, y con los cuales se cubren el valor de las UPC, son recursos parafiscales⁵⁸ y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica. En consecuencia, incluso una vez la UPC es transferida por la ADRES a las EPS, para efectos de cubrir el aseguramiento en salud de sus usuarios, estas no se pueden considerar como rentas propias de dichas entidades.⁵⁹

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16) SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021.

⁵⁸ Los recursos parafiscales han sido definidos por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, que modificó el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, compilada a su vez por el Decreto 111 de 1996, como «[...] los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable».

⁵⁹ Como se verá más adelante, las cotizaciones de los usuarios son recaudadas directamente por la EPS, por delegación de la ADRES, pero es a esta última entidad a la que le corresponde realizar el proceso de liquidación y reconocimiento de los dineros que las EPS deben apropiar (de los recaudos realizados) para

Por su parte, el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), al referirse a las contribuciones parafiscales, dispone:

ARTÍCULO 29. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración (Ley 179/94, artículo 12. Ley 225/95, artículo 2o.).

La Corte Constitucional, en sentencia C-1170/04, al referirse a los recursos parafiscales, consideró:

Sobre este particular, en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto se dispone que el manejo, la administración y la ejecución de los recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea, aspecto éste que fue una de las determinantes para su consagración constitucional, tal como se puso de presente en los debates en la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que sobre el particular se expresó que los recursos parafiscales “... escapan en todo o en parte de las reglas de la legislación presupuestaria o fiscal en lo concerniente a la creación del recurso o de la renta, la determinación de su base imponible y de su cuantía y de los procedimientos de recaudo y control de su desembolso”. [resaltado de la Sala].

De otra parte, en la Sentencia C-978 de 2010, al resolver la acción pública de inconstitucionalidad promovida contra el numeral 3.3.1 (parcial) del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 «por la cual se [expidió] el Plan Nacional de Desarrollo 2006–2010», la Corte Constitucional precisó que la UPC, como prima destinada para cubrir los costos de los servicios de salud prestados a los usuarios, constituía un **recurso público parafiscal**, al derivarse de las cotizaciones obligatorias en salud y ser el eje del equilibrio financiero del sistema de salud. Por esta razón sostuvo que el atributo de la parafiscalidad como instituto para financiar ciertas actividades implica que estos recursos no puedan ser utilizados con fines distintos a los cuales están destinados.

Asimismo, la Corte consideró que, si bien hay una potestad legislativa para incluir modificaciones a las destinaciones presupuestales de la UPC en el ámbito de la

cubrir la UPC, o los recursos que deben ser transferidos por la ADRES a las EPS para la misma finalidad, cuando lo recaudado por concepto de cotización no sea suficiente para cubrir las UPC.

seguridad social, es necesario que los cambios que se introduzcan no afecten el equilibrio financiero del sistema, el cual, se reitera, se encuentra estructurado bajo el esquema de aseguramiento de servicios PBS frente al reconocimiento de la UPC⁶⁰.

La Sentencia C- 262 de 2013 se refirió a la naturaleza y destino de los recursos del SGSSS e indicó que la normativa define varias fuentes de financiación como: i) las cotizaciones que efectúan los afiliados al régimen contributivo y que son recaudadas por las EPS [artículo 182 de la Ley 100], ii) los pagos moderadores como pagos «compartidos, cuotas moderadoras y deducibles» [artículo 187 *ibídem*], iii) parte de recursos del Sistema General de Participaciones, iv) los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, v) recursos propios de las entidades territoriales [artículo 214 de la ley 100 modificado por el artículo 11 de la ley 1122], entre otros⁶¹. «En términos generales, estas fuentes de financiación están cobijadas por la prohibición del artículo 48 superior».

Señaló que «de conformidad con el artículo 177 de la ley 100, las EPS tienen, entre otras funciones, la de recaudar las cotizaciones de sus afiliados del régimen contributivo, por delegación del Fosyga. Según el parágrafo del artículo 182 *ibídem*, los recursos originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema deben ser manejados por las EPS «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad».

⁶⁰ Sobre la destinación de los recursos con destinación específica, la Sentencia C-978, sostuvo: Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud.

[...]Dado su carácter parafiscal, los recursos de la seguridad social en salud tienen destinación específica, esto es, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social. Así lo establece expresamente el artículo 48 de la Carta Política al disponer que “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”. Sobre el alcance de esta cláusula constitucional la jurisprudencia constitucional ha dicho: “Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento —de aplicación inmediata— a previsiones o restricciones de jerarquía legal.” Por tanto, la calidad superior y prevalente del mandato constitucional desplaza toda norma inferior que pueda desvirtuar sus alcances, y, si alguien llegase a invocar con tal objeto las disposiciones de la ley en materia de liquidación forzosa de las instituciones financieras, deben ser ellas inaplicadas, para, en su lugar, hacer que valga el enunciado precepto de la Constitución, según lo dispone el 4 *Ibídem*, en virtud de la inocultable incompatibilidad existente”. Como la norma superior que se comenta no establece excepciones, la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio, lo cual es razonable pues unos y otros integran un todo indivisible, tal como se desprende del principio superior de eficiencia.

⁶¹ Otros recursos que percibe el sistema son: sanciones por inasistencia a citas, y reembolsos por servicios derivados de accidentes de tránsito (se recobra al SOAT) y atención de enfermedades de origen profesional o accidentes laborales.

De igual forma, la referida sentencia reseñó como es el reconocimiento de la UPC, según el artículo 177, en el régimen contributivo: «las EPS-C deben girar al Fosyga –subcuenta de compensación- (...) la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación», es decir, una vez se define el número de UPC a las que tiene derecho una EPS del régimen contributivo – de acuerdo con su número de afiliados-, esta debe apropiarse de las cotizaciones que ha recaudado y girar el excedente, si existe, al Fosyga. Si no existe excedente, de acuerdo con el Decreto 1485 de 1994, la EPS puede solicitar al Fosyga el pago de los recursos que hagan falta de acuerdo con las UPC a que tenga derecho».

La citada sentencia indicó, que, para el régimen subsidiado, de conformidad con el artículo 216-7 de la Ley 100, en tanto no existen cotizaciones, los fondos seccionales, distritales y locales de salud deben girar a las EPS-S el valor de las UPC del régimen subsidiado que les corresponden según su número de afiliados. Estas UPC se financian con parte de las cotizaciones del régimen contributivo y otros recursos públicos de las entidades territoriales y de la Nación.

Y, expresamente, al referirse a la UPC –junto con otros recursos que reciben las EPS- consideró que tienen como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS en el marco del SGSSS, en un contexto de equilibrio.

Al respecto consideró:

De acuerdo con los artículos 182 y 215 de la ley 100, además del recaudo de las cotizaciones en el régimen contributivo y la afiliación, la función principal de las EPS es “(...) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”. De forma similar, el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 explica que las EPS son responsables de cumplir la función de aseguramiento, la cual comprende “(...) la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario”^[76].

Para el cumplimiento de estas funciones, el artículo 179 de la ley 100 dispone que las EPS “(...) prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales.”

2.5.3. Con el fin de hacer efectivo ese objetivo principal, la normativa prevé varias reglas a las que deben sujetarse las EPS para la administración de los recursos:

En primer lugar, el artículo 180 de la ley 100 indica que son requisitos de las EPS, entre otros, “[a]creditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación (...)”, “[a]creditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional”, y “[t]ener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el

Gobierno Nacional. Estos requisitos buscan asegurar la viabilidad financiera de las EPS y la disponibilidad de recursos suficientes para garantizar a los afiliados la prestación adecuada del POS.

En segundo lugar, la normativa prevé varias reglas dirigidas a evitar que la integración vertical –de las EPS e IPS- conduzca a prácticas lesivas de los afiliados, en particular abusos de la posición dominante; algunas de ellas son las siguientes:

El parágrafo 1 del artículo 181 indica: “Cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.”

Más adelante, el parágrafo 1 del artículo 183 *ibidem* señala que el Gobierno Nacional podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción, en los casos en los que las EPS presten directamente los servicios.

El artículo 15 de la ley 1122 establece, de un lado, que las EPS “(...) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud”, y de otro, que las EPS del régimen contributivo deben garantizar la inclusión en sus redes de IPS de carácter público. Como se indicó en la sentencia C-1041 de 2007, en la que se declaró exequible el artículo 15 de forma condicionada, ese precepto, aunque limita las libertades económicas de las EPS, se ajusta a la Carta, ya que lo hace de manera proporcionada en tanto persigue fines importantes como mejorar la calidad del servicio y controlar abusos de la posición dominante de las EPS, y se vale de un medio conducente para el efecto –existen estudios que respaldaban la relación de causalidad de restricción con el mejoramiento del sistema-.

Por su parte, según el artículo 16 *ibidem*, las EPS del régimen subsidiado deben tener ciertos porcentajes mínimos de contratación con las empresas sociales del estado (ESE), de acuerdo con la disponibilidad geográfica y otros factores.

Posterior al análisis normativo que aborda la Sentencia C-262/13, la Corte concluye que en varias oportunidades ha sostenido que los recursos de la seguridad social en salud, en particular las cotizaciones que se recaudan entre los afiliados al régimen contributivo son contribuciones parafiscales y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica⁶².

Como se deduce, de acuerdo con la posición reiterada de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, las cotizaciones recaudadas por las EPS, en nombre de la ADRES y destinadas a cubrir la UPC, no pueden ser consideradas rentas propias de las EPS.

⁶² La Corte Constitucional refiere fallos previos sobre la naturaleza de los recursos de la seguridad social en salud, así: SU-480 de 1997; C-828 de 2001; C-1040 de 2003 y C-549 de 2004.

Además, la Corte Constitucional al referirse al relacionamiento entre las EPS y los usuarios como un contrato de seguro, consideró⁶³:

El papel que desempeñan las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) se ajusta a la idea del contrato de aseguramiento, en el que el prestador asume el riesgo y la administración de los recursos. Sin embargo, no se trata de un contrato de seguros clásico porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existe una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe. Estos aspectos, de la relación entre afiliados y asegurador distinguen de fondo el contrato de aseguramiento en salud del contrato de seguros tradicional.

El considerar la UPC como recursos propios de las EPS es un error que se deriva de equiparar el Plan Obligatorio de Salud POS con un contrato tradicional de seguro.(Resaltado fuera del texto).

Y en la sentencia C-463 de 2008, el máximo tribunal constitucional indicó lo que debía entenderse por aseguramiento en salud:

El aseguramiento en salud lo entendió el legislador como la **administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud**, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. **Este aseguramiento implica que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud**, siendo las Empresas Promotoras de Salud en cada régimen, las responsables de cumplir con las funciones del aseguramiento que son indelegables y estableciéndose la obligación de las EPS de llevar a consideración del Comité Técnico Científico las solicitudes relativas a medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, en aquellos casos de enfermedad de alto costo, para que estos sean cubiertos por el Fosyga y la sanción para las EPS que incumplan este deber, de manera tal, que si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes respecto de los medicamentos no incluidos en el POS para enfermedades de alto costo, ni las tramita ante el respectivo Comité Técnico Científico, y en caso tal de que se obligue a la EPS a la prestación de dicho servicio solicitado mediante acción de tutela, los costos deberán ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. [Se resalta].

Respecto a los gastos de administración, la Corte Constitucional precisó que los recursos de la UPC dirigidos al pago de la administración de las EPS constituyen una renta propia de la entidad. Así, lo sostuvo en la referida Sentencia C- 262 de 2013:

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-828 de 2001.

No obstante, la naturaleza parafiscal y, por tanto, la destinación específica de los recursos originados en las cotizaciones, copagos, tarifas, etc., (...) es importante resaltar dos aspectos:

En primer lugar, la Corte ha reconocido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable [95]⁶⁴, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.

Dicho beneficio económico –utilidad–, por su propia naturaleza, hace parte de los recursos propios de la EPS y, en consecuencia, es de libre destinación. En este contexto deben ser leídas particularmente las sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004, es decir, si bien es cierto la UPC se origina en recursos parafiscales y su finalidad principal es pagar el aseguramiento del POS a cargo de las EPS y sus gastos de administración, la remuneración incluye un margen de utilidad que es propiedad de las EPS. [...].

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que, en términos generales, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, los recursos recaudados por cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo son recursos parafiscales destinados a cubrir el aseguramiento en salud; naturaleza que tales recursos mantienen aun cuando estos son reconocidos a las EPS para cubrir el pago de la UPC.

En este sentido también se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación, tanto frente al régimen contributivo como al subsidiado⁶⁵:

Ahora bien, cabe señalar que la UPC construye (sic) la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación del servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.

Dada la naturaleza pública y parafiscal de dichos recursos, las EPS deben asumir una administración absolutamente cuidadosa y prudente de los recursos recibidos por concepto de UPC y solo pueden hacer uso de ellas para actividad dirigidas esencialmente a la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados y su administración, constituyéndose en irregular el uso de los recursos de la unidad de pago por capitación para otros fines.

Es preciso indicar que las Entidades Promotoras de Salud no pueden hacer uso de los recursos de la seguridad social en salud, recibidos por concepto de la UPC, para

⁶⁴ Cita original 95: numeral 2.5.5. , Sentencia C-262 de 2013.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de julio de 2014. Rad. 11001-03-24-000-2008-00385-00.

actividades diferentes a la aprobación del POS a sus afiliados. Solo con los recursos que provengan de los excedentes al finalizar el ejercicio, de la comercialización de planes complementarios de salud, el aumento del capital generado con recursos que provengan de incremento en los aportes, donaciones, o cualquier otra fuente de ingresos legal distinta a la UPC, pueden, las EPS, ejecutar inversiones, constituir reservas o en general realizar gastos ajenos, aunque relacionados con su objeto, a la obligación Constitucional de prestar el plan obligatorio de salud para los habitantes del territorio nacional. [Resalta la Sala].

De igual manera, recientemente, la Corte Constitucional en el Auto 2881 de 2024 resaltó que destinar la UPC a prestaciones diferentes a las contempladas en el PBS implica un riesgo y comporta un desequilibrio financiero cuya responsabilidad se encuentra en cabeza del Estado, el cual debe contemplar todas las posibles variables relevantes para el cálculo de la UPC.

Sobre la definición de parafiscalidad⁶⁶, han sido abundantes las decisiones de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. Se hace referencia a algunas de ellas, por su claridad para ilustrar esta característica de la UPC para efectos de esta consulta.

La Corte definió la parafiscalidad como «[...] una técnica de intervención del Estado en la economía, destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional.» (Sentencia C-040 de 1993)⁶⁷.

Asimismo, en Sentencia C-536/94 señaló entre las características esenciales de los ingresos parafiscales, las siguientes: i) son de carácter excepcional, de conformidad con el artículo 150, numeral 12 de la Constitución; ii) son obligatorias, en tanto son fruto de la soberanía fiscal; iii) son específicas y singulares y iv) los recursos no ingresan al arca común del Estado en cuanto su destinación es sectorial y se revierte en beneficio del sector. Su administración puede realizarse a través de entes privados o públicos.

⁶⁶ Morales, J. (2020). Derecho económico constitucional colombiano. «Perspectivas comparadas». Editorial Doctrina y Ley. (p. 240). En ese sentido el autor afirma respecto a la parafiscalidad lo siguiente: “Estos planteamientos fueron recogidos en 1946 en un informe sobre la situación económica francesa por el Ministro de Hacienda Robert Schuman, quien acuñó el concepto de parafiscalidad, entendiendo por tales unos ingresos públicos, que solo se les cobraban a determinados sujetos, los cuales no ingresaban al presupuesto nacional, carecían de respaldo legal, y finalmente se encaminaban a satisfacer las necesidades particulares del grupo gravado.”

⁶⁷ Ver en el mismo sentido, sentencia de la Corte Constitucional C-430 de 2009: « Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los **principios de legalidad** y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo.»

En igual sentido, en Sentencia C-1170/04, sobre las características de estos recursos, consideró:

Como características de los recursos parafiscales se han identificado por la jurisprudencia las siguientes: "... su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, en cuanto sólo grava a un grupo, sector o gremio económico o social; su destinación específica, en cuanto redunda en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa; su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado aún cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean. [resaltados del texto].

Ahora bien, un elemento que para efectos de esta consulta la Sala considera oportuno resaltar, es que los recursos parafiscales no forman parte del Presupuesto General de la Nación, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, algunas de las cuales a continuación se mencionan⁶⁸:

Los recursos parafiscales, no obstante su carácter de recursos públicos, no entran a formar parte del Presupuesto General de la Nación. Ello implica, por un lado, que se diferencian de los ingresos corrientes de la Nación, en cuanto que están afectos a la finalidad prevista en la ley de su creación, y no pueden destinarse a la atención de los requerimientos generales del Estado, y por otro, que su manejo se realiza de manera autónoma, al margen, en general, de las disposiciones que gobiernan la administración de los recursos que sí hacen parte del presupuesto. Los recursos parafiscales no son ingresos corrientes de la Nación, la ley ha previsto que cuando los mismos son administrados por órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración⁶⁹. [...].

Para lo que concierne al presente proceso de constitucionalidad es preciso singularizar aquella nota distintiva de los recursos parafiscales conforme a la cual los mismos no ingresan al Presupuesto General de la Nación, en la medida en que ella es expresión de la autonomía de la que se encuentran revestidos tales recursos y que constituye un elemento definitorio de los mismos.

La doctrina ha señalado distintas razones que explican el surgimiento de la técnica de la parafiscalidad, pero, en cualquier caso, en la base de la misma está la identificación de

⁶⁸ Entre otras, Corte Constitucional, sentencia C-1170/04.

⁶⁹ Estas características fueron replicadas, entre otros, en los Conceptos 1375 del 3 de diciembre de 2001 y 1424 de junio 26 de 2002.

unos objetivos de interés para determinado sector social o económico y cuya satisfacción se quiere financiar de manera autónoma. Esa autonomía se manifiesta tanto en la fuente de los recursos, en la medida en que por ministerio de la ley se establece una nueva exacción para atender a esos fines -de tal manera que su satisfacción no dependa del presupuesto nacional-, como en la destinación de los recursos así generados, por cuanto los mismos quedan afectos al fin para el cual fueron creados, sin que puedan aplicarse a la atención de las necesidades generales del Estado.

Esa pretensión de autonomía, se expresa, como se ha señalado, en el hecho de que los recursos parafiscales, no obstante su carácter de recursos públicos, no entran a formar parte del Presupuesto General de la Nación. Ello implica, por un lado, que se diferencian de los ingresos corrientes de la Nación, en cuanto que están afectos a la finalidad prevista en la ley de su creación, y no pueden destinarse a la atención de los requerimientos generales del Estado, y por otro, que su manejo se realiza de manera autónoma, al margen, en general, de las disposiciones que gobiernan la administración de los recursos que sí hacen parte del presupuesto. [Resaltado de la Sala]⁷⁰.

En esa línea, un criterio de análisis importante que se tendrá en cuenta a lo largo de este concepto es que siendo los recursos del SGSSS de naturaleza parafiscal, tienen destinación específica y están sujetos al principio de legalidad⁷¹. Además, el Congreso de la República no previó que estos estuvieran incluidos en la ley que regula el Presupuesto General de la Nación ni, más específicamente, en la ley anual de presupuesto y que su destinación específica es pagar el aseguramiento del PBS y los gastos de administración de las EPS.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-298 de 1998, consideró:

Los recursos parafiscales son contribuciones obligatorias impuestas con base en el poder fiscal del Estado, por lo cual se encuentran sometidas al principio de legalidad. Por ello la

⁷⁰ Estas consideraciones han sido reiteradas, entre otras en la sentencia C-824/04:

Es reiterada la jurisprudencia de esta Corte Constitucional que reconoce el carácter parafiscal de los recursos a la seguridad social en salud y su destinación específica, conforme al artículo 48 de la Carta, precisamente debido al fin constitucional de asegurar la vigencia y prosperidad del sistema de seguridad social en salud [...] Igualmente esta doctrina ha precisado que estos dineros del sistema de seguridad social no pueden estar sometidos a impuestos, puesto que esos gravámenes harían que parte de los recursos de la seguridad social no estuvieran destinados específicamente a financiar la seguridad social ya que, debido a los tributos, serían en la práctica trasladados al presupuesto general y terminarían sufragando otros gastos, lo cual vulnera el perentorio mandato del artículo 48 superior, según el cual, “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

[...]

Para esta Corporación es necesario reafirmar que todos los recursos que integran la UPC, tanto los administrativos como los destinados a la prestación del servicio de salud forman parte del Sistema General y por consiguiente han sido separados constitucionalmente para el cumplimiento de los fines propios de su destinación específica.

⁷¹ Corte Constitucional, C-564 de 1994.

Ley debe fijar con precisión los hechos generadores, las bases gravables, las tarifas y los sujetos activos y pasivos de estas contribuciones. Las contribuciones parafiscales tienen una naturaleza excepcional y unos caracteres que las distinguen, en especial por cuanto no afectan genéricamente a todas las personas con igual capacidad de pago, ya que la ley obliga sólo a un grupo de personas a efectuar la cuota.

En este punto, la Sala evidencia que las disposiciones jurídicas que reseñan la naturaleza de la UPC como un recurso parafiscal destinado a cubrir el aseguramiento en salud están referidas estrictamente a que dicha UPC no sea destinada a fines diferentes a los de garantizar la prestación del PBS. Ello, sin perjuicio, como se estudiará más adelante, de la obligación de las Entidades Promotoras de constituir las reservas técnicas que tienen por objeto estimar el valor de sus pasivos conocidos y no conocidos, así como la obligación de respaldar dichas obligaciones con activos que reúnan condiciones de seguridad, liquidez y rentabilidad. En este sentido, las EPS deben usar los recursos girados por la ADRES, única y exclusivamente, para pagar los gastos derivados de los servicios de salud de acuerdo con el marco legal vigente⁷².

Es así que, para la Sala, la parafiscalidad de los recursos para la salud, en especial de la UPC, está dada en clave del uso, es decir, de su destinación específica, más no en términos de vigencia, aun cuando la Unidad sea determinada cada año fiscal. Por esta razón, precisamente, es que dichos recursos no hacen parte del Presupuesto General de la Nación y por ende, no se les aplica el principio de anualidad, como se estudiará más adelante.

Por disposición legal y constitucional, los recursos parafiscales de la salud deben usarse para el pago de servicios y tecnologías en salud, y para asumir los costos administrativos del sistema; de esta manera, *prima facie*, es posible considerar que la parafiscalidad no está atada a un concepto de vigencia sino de uso y destinación.

En otras palabras, la característica de parafiscalidad de la UPC sólo limita su destinación en razón del principio de legalidad más no el período en el cual se pretenda hacer uso de dicha unidad. Es aquí, precisamente, donde retoma relevancia la diferenciación expuesta en precedencia entre el período de fijación y el de pago de la UPC, entendiendo que su fijación no afecta el pago, el cual se recuerda es mensual, para cubrir las obligaciones a cargo de las EPS.

2.3. Conclusiones de la UPC:

1. La UPC es un valor que se determina e incrementa de forma anual, aunque su distribución es mensual.

⁷² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. 2461 del 20 de mayo de 2021.

2. La UPC constituye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el SGSSS requiere para cubrir en condiciones de prestación media⁷³, el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.
3. La UPC es un **recurso parafiscal**⁷⁴, lo que significa que no hace parte del Presupuesto General de la Nación y tampoco del patrimonio de las EPS, por ende, su manejo debe hacerse a través de cuentas o fondos separados⁷⁵.
4. La característica de la parafiscalidad se encuentra ligada al uso y la destinación específica de estos recursos.
5. Las características de la UPC como recurso parafiscal son las siguientes: i) es obligatoria; ii) tiene destinación específica; y iii) no es un ingreso de la Nación.
6. Según la Ley 1751 de 2015, en su artículo 25, los recursos públicos que financian la salud son: inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente.
7. Lo importante para el sistema es que los recursos se recauden y se destinen a la función propia de la seguridad social. (Sentencia SU-480 de 1997).
8. La UPC no es recurso que puede catalogarse como renta propia de las EPS, porque, en primer lugar, las EPS no pueden utilizarla ni disponer de este recurso

⁷³ Las «condiciones de prestación media» en salud, en el contexto del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de Colombia, se refieren a las condiciones bajo las cuales se brindan los servicios de salud a los afiliados. Estos servicios se prestan de manera universal, solidaria, integral y con participación de los usuarios, garantizando la eficiencia y calidad de la atención. [Ley 100 de 1993 – Preámbulo].

⁷⁴ «[e]sta Corporación ha definido los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud como parafiscales, lo cual significa que "la cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyo interés o necesidades en salud se satisface con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud». (Corte Constitucional, Sentencia C-824/04).

⁷⁵ «Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que las tarifas, copagos y bonificaciones, sean dineros que las EPS administran, sin que se confundan con su patrimonio, porque tal y como lo ordena el artículo 182 de la ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud deben manejar los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados en cuentas independientes del resto de bienes y rentas de la entidad. En este sentido, las UPC no son recursos que puedan catalogarse como rentas de las EPS, porque las cotizaciones que hacen los afiliados y demás ingresos del POS, no le pertenecen a quien las cancela ni se manejan en cuentas individuales, sino que forman parte del sistema en general y por consiguiente le pertenecen a él»(Corte Constitucional, Sentencia C-824/04).

libremente. Las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el PBS, salvo los porcentajes destinados por la ley como gastos de administración [artículo 23 de la Ley 1438 de 2011].

2.4. Decisiones de la Corte Constitucional respecto a la insuficiencia de la UPC

Considera la Sala relevante hacer un recuento de los diferentes pronunciamientos que sobre la UPC ha hecho la Corte Constitucional, con ocasión de la Sentencia T-760 de 2008 (conocida como fallo estructural), aclarando que sus decisiones, entre otras, han referido a la insuficiencia de la UPC para atender los servicios de salud. Si bien el objeto de la consulta versa sobre su uso, resulta importante tener presente los lineamientos que dicha Corte ha trazado al respecto.

Lo primero que debe mencionarse es que con ocasión del análisis de los casos concretos acumulados en la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional emitió una serie de decisiones e impartió a las autoridades del Sistema General de Seguridad Social en Salud dieciséis órdenes generales con tendencia correctiva, orientadas a la adopción de medidas necesarias para conjurar las fallas identificadas.

La Corte advirtió que la actualización periódica del PBS permite reducir la incertidumbre que obstaculiza el acceso a los servicios de salud. No obstante, indicó que dicha medida es insuficiente mientras subsista la diferencia entre los beneficios del PBS en el régimen contributivo -RC- y en el régimen subsidiado -RS-. Con los avances en su cumplimiento, la Sala identificó la necesidad de que la UPC de ambos regímenes sea suficiente para cubrir todos los servicios y tecnologías en salud PBS.

En el mandato vigésimo primero de la sentencia en cita, ordenó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) unificar los planes de beneficios para todos los niños y las niñas tanto del régimen contributivo como del subsidiado, teniendo en cuenta los ajustes que fueran necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura; y en el mandato vigesimosegundo, dispuso que debía adoptarse un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios en ambos regímenes, teniendo en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, y (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente.

Para verificar el cumplimiento de lo ordenado en el citado fallo estructural, la Corte conformó una **Sala Especial de Seguimiento** encargada de llevar a cabo el monitoreo de la implementación y evaluación de las acciones de política pública, así como las medidas de inspección y vigilancia dentro del sector que deben ejecutarse en acatamiento a los mandatos judiciales allí contenidos.

En el marco del seguimiento a esas directrices - Autos 261 y 262 de 2012-, la Corte determinó que si bien en el año 2012 se había alcanzado el propósito de unificación de los planes de beneficios del régimen subsidiado y contributivo, no existían razones constitucionalmente admisibles para mantener la distinción entre la UPC del régimen contributivo y subsidiado; además, advirtió la obsolescencia de la metodología para calcular dicha prima y la insuficiencia de las bases de datos con que contaba el regulador para adelantar esa labor. En consecuencia, dispuso igualar las primas de ambos regímenes hasta tanto se contara con una metodología actualizada y un sistema de información sólido que justificaran la diferenciación entre uno y otro sector.

Es así como la Sala de Seguimiento emitió el Auto 411 de 2016, y determinó que, si bien se había actualizado la metodología para calcular la UPC en el régimen contributivo, no había sucedido lo mismo en el subsidiado, ni se tenía certeza de la suficiencia de esta prima para financiar el sistema de exclusiones explícitas que entraría a regir en el 2017, ni se igualaron los valores de la UPC en ambos regímenes como había ordenado la Corte en caso de no demostrar la suficiencia de estos valores.

La Corte resaltó que el Gobierno se había comprometido a igualar las primas en un 95% y al no hacerlo, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social, entre otras cosas, i) adoptar las medidas necesarias y emitir la reglamentación que considerara pertinente para solucionar las deficiencias del sistema de información, ii) para aumentar el porcentaje de equiparación a la meta del 95% señalada por el Gobierno, y iii) garantizar mediante la regulación, que la definición de la UPC alcanzara el nivel de suficiencia necesario para financiar el PBS.

En el Auto 109 de 2021, la Corte evidenció que i) persistían las deficiencias en los sistemas de información del SGSSS que sirven para efectuar el cálculo de la UPC; ii) no se equiparó al 95% del valor de la UPC del RC la prima del RS y finalmente; iii) no se demostró que las fuentes de financiación del PBS hubieran alcanzado el nivel de suficiencia requerido para cubrir la totalidad de los servicios y tecnologías en salud PBS.

En el Auto 996 de 2023 declaró nivel de cumplimiento bajo al identificar que continuaban las deficiencias en los sistemas de información del SGSSS que sirven para calcular la UPC, además, señaló que el ministerio no demostró la suficiencia de la UPC y tampoco equiparó al 95 % del valor de la UPC del RC la prima del RS, al tiempo que no demostró que dicha prima y los presupuestos máximos fueran suficientes para financiar el PBS. Por esto, ordenó eliminar las deficiencias del sistema de información, equiparar al 95% de la UPC del RC la del RS y, lograr la suficiencia de las fuentes de financiación del PBS.

Mediante el Auto 2881 de 2024, la Corte declaró el **nivel de cumplimiento bajo** de las órdenes vigésima primera y vigésima segunda impartidas en la Sentencia T-760 de 2008, respecto del componente de suficiencia de presupuestos máximos. Asimismo, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social cancelar efectivamente los valores pendientes

por concepto de reajustes a los presupuestos máximos reconocidos para la vigencia del año **2021**, entre otras órdenes.

En Auto 875 de 2024 se evidenció un desequilibrio financiero en el sistema que pone en peligro la atención en salud como consecuencia de la disminución de la UPC, por lo cual adoptó, como medida cautelar, inaplicar los artículos 11 y 21 de la Resolución 2364 de 2023 y 10 de la Resolución 2366 de 2023, para evitar que se afecte el acceso a los servicios y tecnologías en salud⁷⁶.

Por Auto 007 de 2025, la Corte declaró, entre otros, el incumplimiento general en relación con el componente de suficiencia de la UPC en ambos regímenes, contenido en las órdenes vigésima primera y vigésima segunda impartidas en la Sentencia T-760 de 2008. Declaró la insuficiencia de la UPC de 2024 y le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social: i) crear una mesa de trabajo para revisar la UPC del 2024 y lograr su suficiencia; ii) establecer un período de transición para que, una vez reajustado el valor de la UPC, las EPS cuenten con un tiempo determinado para rehacer sus reservas técnicas y iii) crear un mecanismo de reajuste *ex post* de la Unidad de Pago de Capitación.

Finalmente, mediante Auto 504 de 2025, la Corte pone de nuevo en evidencia la insuficiencia de la UPC fijada por el Ministerio de Salud mediante Resolución 370 de 2025, al considerar que tal fijación no atiende a los parámetros indicados en el Auto 007 de 2025, lo que pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema de salud y el principio de participación en salud, lo que deriva en la vulneración del derecho. En consecuencia, considera necesario adoptar una medida cautelar y suspender temporalmente el desarrollo de la mesa hasta tanto se ajuste a los parámetros establecidos en dicha decisión. La adopción de esta medida busca evitar decisiones regresivas y asegurar que la política pública en salud se construya con base en principios técnicos, financieros y democráticos sólidos.

⁷⁶ La Sala también conminó al Ministerio de Salud y Protección Social a que suspendiera la expedición del proyecto de resolución por medio del cual «se definen las condiciones y responsabilidades para la conformación, operación, recursos, monitoreo y seguimiento de los Equipos Básicos de Salud financiados por la UPC previstos en los artículos 11 y 21 de la Resolución 2364 de 2023».

LÍNEA DE TIEMPO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA UPC

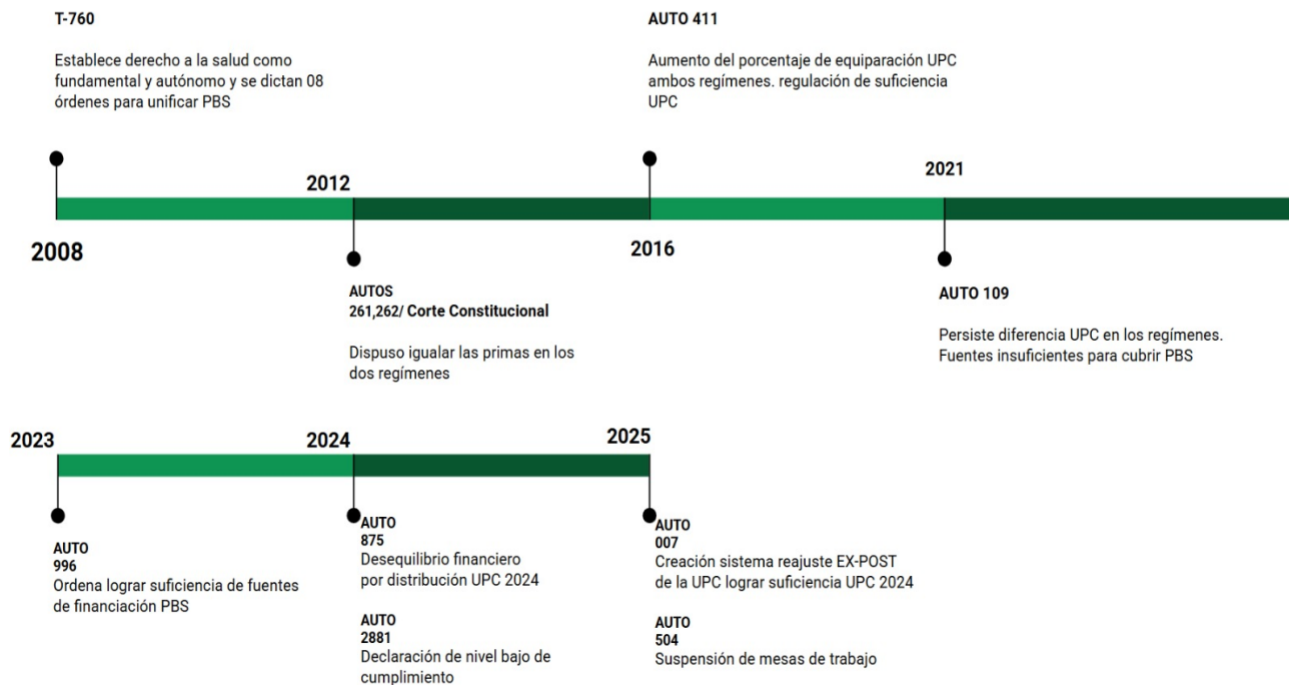


Ilustración 4-Nota fuente propia

3. Principio de anualidad presupuestal

3.1. Generalidades de la anualidad

Según el diccionario de la Real Academia, anualidad debe entenderse como «cualidad de anual. Importe anual de una renta o carga periódica, como la de amortización o la de capitalización.»

Se entiende por anualidad aquel pago o ingreso que se lleva a cabo regularmente y en un periodo de tiempo concreto, no teniendo que ser este concretamente de un año (puede ser mensual, trimestral, semestral, etc.). Lo importante, en el caso de la anualidad, es que el periodo de tiempo sea siempre el mismo.

La anualidad se refiere principalmente a dos conceptos: i) al período de un año para el cual se elaboran los estados financieros y se realiza el cierre contable; y ii) al principio presupuestal que establece que los ingresos y gastos deben ser estimados y autorizados anualmente. Además, el término también puede referirse a anualidades financieras, que son pagos periódicos recibidos o realizados a través de contratos con aseguradoras.

Para efectos de la primera pregunta de este concepto, la Sala abordará su estudio a partir de la anualidad presupuestal, en el sentido de analizar si a los recursos del SGSSS, en especial el de la UPC, se les aplica el principio de anualidad presupuestal.

3.2. Principio de anualidad presupuestal

El artículo 346 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3.º del Acto Legislativo 3 de 2011, consagra el principio de anualidad, en los siguientes términos:

ARTICULO 346. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. [...].

Por su parte el artículo 14 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, establece:

Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (Ley 38 de 1989, art. 10).

Así pues, el principio de la anualidad del presupuesto es la base en diferentes ordenamientos jurídicos, que se refiere a que la estimación de ingresos y la autorización de gastos debe efectuarse en periodos de un año, es decir, por regla general, las entidades públicas no podrán adquirir, luego del 31 de diciembre de cada año, compromisos que afecten las apropiaciones presupuestales de la anualidad que se cierra. Lo anterior, quiere decir, que los organismos del Estado deberán ejecutar en el año que corresponda los respectivos ingresos y gastos de tal vigencia.

El Consejo de Estado, a través de la Sección Quinta⁷⁷, se ha referido al alcance de este principio relacionándolo con el de planeación, así:

[...] el principio de anualidad –su alcance– se atenúa luego de que se lo relaciona con aquel de la planeación, pues éste exige el desarrollo de actividades que, en la mayoría de casos, superan el periodo de un año. La conjunción de esos referentes normativos ha implicado la aparición de las vigencias futuras, que permiten afectar presupuestos venideros a fin de materializar proyectos que no resultan ejecutables en ese lapso. El principio de anualidad presupuestaria establece que los créditos presupuestarios se autorizan para un ejercicio fiscal que coincide con el año natural. En Colombia, el año fiscal va del 1 de enero al 31 de diciembre.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, del 31 de mayo de 2018, Rad. 2011-01664-02

3.3. Aplicación del principio de anualidad presupuestal a la UPC

Ahora bien, en relación con el tema consultado, acerca de la aplicación del principio de anualidad a la UPC, la Sala evidencia que no existe ninguna norma jurídica vigente que así lo estipule; luego, el hecho de que la UPC sea definida como una prima y que la misma se calcule anualmente, no implica que se le aplique a dicha Unidad el régimen de anualidad y, por ende, las reglas del Estatuto Orgánico del Presupuesto a quienes administran la parafiscalidad.

En otras palabras, y como se ha analizado en precedencia, la fijación anual de la UPC no implica que su manejo presupuestal deba hacerse de manera anual y por ende deban aplicarse las normas del presupuesto y mucho menos el principio de anualidad; pues pensar lo contrario, sería inflexibilizar el flujo de caja y por ende afectar la obligación de continuidad en la prestación de los servicios de salud.

La Corte Constitucional en Sentencia SU 480 de 1997, al referirse a la parafiscalidad de los recursos que alimentan el SSGSSS, tuvo algunas consideraciones que la Sala resalta por su importancia y actualidad:

[...]

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 obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud (art. 366 C.P.).

Ahora bien, la misma sentencia, al referirse a la naturaleza de los recursos que integran el SSGSSS, y en especial, a la aplicación de las normas del presupuesto al sistema, sostuvo:

Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa”, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la

EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Por eso, en la sentencia C-179/97, [...] se dijo:

[...]Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. (Como es el caso del estatuto general de contratación, art. 218 de la ley 100 de 1993). Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio; el artículo 182 de la ley 100 de 1993 ordena:

“ART. 182.- De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación -UPC-. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de salud.

PAR. 1º.- Las entidades promotoras de salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.” [subrayas de la Sala].

De acuerdo con lo expuesto por la Corte en aquella ocasión, los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales y su manejo está al margen de las normas presupuestales, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene, y por ello, no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto dado que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud.

En la sentencia C-824/04, la Corte en cuanto a los recursos del SGSSS, señaló:

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación que ha manifestado precisamente que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son parafiscales en la medida en que se cobran de manera obligatoria a un grupo de personas cuya necesidad

en salud se satisface con tales recursos. Los recursos que se reciben en materia del Sistema de Seguridad Social en Salud no entran a formar parte del presupuesto nacional sino que, por su afectación, pertenecen al Sistema. De allí que se considere que la tarifa de la contribución que se exige a los afiliados no sea una contraprestación equivalente al servicio que reciben, ni tampoco dineros que engrosan el presupuesto nacional, sino que representan una forma de financiar colectiva y globalmente el Sistema de Seguridad Social mencionado. [Subrayas de la Sala]⁷⁸.

Por lo anterior, tal como se ha expuesto en la primera parte de este concepto y se ha reiterado a lo largo del mismo, el sistema de salud funciona bajo la premisa del aseguramiento, esto implica que al ser el servicio de salud una actividad en marcha, el flujo de recursos debe estar disponible para prestación continua y en esa medida, el manejo de los mismos no puede entenderse como una contabilidad presupuestaria, pues i) se trata de recursos parafiscales que no hacen parte de Presupuesto General de la Nación; ii) se trata de un servicio esencial que supone una prestación continua, iii) no hay regulación actual que limite el manejo de la caja de las EPS para que no puedan atender obligaciones pasadas y iv) la normativa aplicable a las EPS es el derecho privado⁷⁹.

En conclusión, para la Sala es claro considerar que el principio de anualidad no se aplica a la UPC, por las siguientes razones:

1. La característica de parafiscalidad impide que estos recursos (UPC) hagan parte del Presupuesto General de la Nación⁸⁰.

⁷⁸ Posiciones reiteradas en Sentencia de la Corte Constitucional T-1679 de 2000.

⁷⁹ Las Entidades Promotoras de Salud – EPS, pueden ser de carácter público, privado o mixto, las cuales gozan de personería jurídica y tienen su propia organización administrativa y financiera, requiriendo para la prestación de sus servicios como EPS, autorización de la Superintendencia Nacional de Salud, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el efecto. Vale la pena señalar que un ejemplo del régimen privado aplicable es que la contratación entre EPS e IPS se rige por el derecho privado, por lo que no le son aplicables las normas previstas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Al respecto, también debe anotarse que incluso para el caso de las EPS de naturaleza pública, bien sea del Régimen Contributivo o Subsidiado, el artículo 454 de la Ley 1122 de 2007, dispone que su régimen de contratación será el mismo que el de las Empresas Sociales del Estado, vale decir, el de derecho privado, acorde con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

⁸⁰ Artículo 123 del Decreto 111 de 1996: «Los recursos que se producen a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía en desarrollo del mecanismo de compensación y promoción de que trata el artículo 220 de la Ley 100 de 1993, no se constituirán en sujeto de obligación de incluirse en el Presupuesto General de la Nación.

La programación de los recursos de las empresas sociales del Estado, se realizará bajo un régimen de presupuestación basado en eventos de atención debidamente cuantificado según la población que vaya a ser atendida en la respectiva vigencia fiscal, al plan o plan obligatorios de salud de que trata la Ley 100 de 1993 y las acciones de salud que le corresponde atender conforme a las disposiciones legales. [...].»

2. Estos recursos se encuentran sujetos al principio de legalidad, dado que el legislador no dispuso que estuvieran sujetos al criterio de anualidad, pues no los incluyó en la ley orgánica del presupuesto. Lo que se comprende en razón de la naturaleza especial y compleja del sistema, orientado a la materialización del derecho fundamental a la salud.
3. La destinación específica de la UPC no permite que entren al presupuesto, pues el Estado es un mero recaudador y por esta razón, al ingresar a cuentas o fondos diferentes, no le es aplicable los principios presupuestales que rigen a la Nación.
4. No existe disposición jurídica que establezca que la anualidad es aplicable a la UPC. Lo que sí es anual es su fijación e incremento por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.
5. La aplicación de la anualidad contradice los principios del aseguramiento sobre los cuales está concebido el SGSSS, pues afectaría el flujo de recursos (flexibilización de la caja) y pago de deudas.
6. La contabilidad de las EPS no está sujeta a las reglas del Presupuesto General de la Nación.

3.4. Derecho a la salud y principios de eficiencia, sostenibilidad y continuidad

Bajo el presupuesto de que el principio de anualidad no es aplicable a la UPC y en atención a que la tercera pregunta está relacionada con el uso de dicha unidad para el pago de vigencias anteriores, la Sala considera oportuno hacer algunas precisiones respecto de los principios que rigen el Sistema de Salud.

3.4.1. Derecho a la salud

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49⁸¹ de la Constitución, como un servicio público esencial a cargo del Estado. Este derecho comprende el acceso a servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, garantizando la atención oportuna y de calidad para todos los ciudadanos.

De acuerdo con dicha disposición, al Estado le corresponde: *i)* garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, *ii)* organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia, y *iii)* procurar que en materia de salud la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria.

⁸¹ Modificado por el art. 1°, Acto Legislativo 02 de 2009.

La salud como derecho ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

En Sentencia T - 760 de 2008 proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud es reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, sin ser despojado del carácter de servicio público esencial y de derecho prestacional que le otorgó la Constitución. En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, este no deberá tutelarse en conexidad con la vida o con la integridad personal, sino como un derecho fundamental autónomo.

La Corte Constitucional, en la misma sentencia, señaló que el derecho fundamental a la salud garantiza el derecho de acceso a los servicios de salud que se requieran, es decir, aquellos servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal de los pacientes.

Esta nueva categorización fue consagrada en la Ley 1751 de 2015. Así las cosas, tanto en el artículo 1.º como en el 2.º, se dispone que la salud **es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y que comprende** —entre otros elementos— **el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad**, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

3.4.2. Principios de eficiencia, sostenibilidad y continuidad

El artículo 49 de la Carta Política, modificado por el artículo 1.º del Acto Legislativo 02 de 2009, consagra que «le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los **principios de eficiencia**, universalidad y solidaridad. [...]. [resaltado de la Sala].

A su vez, el artículo 2.º de la Ley 100 de 1993 dispone que el servicio público esencial de seguridad social integral se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3.º de la Ley 1438 de 2011, prevé, específicamente, como principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la universalidad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, **eficiencia**, participación social, progresividad, libre escogencia, **sostenibilidad**, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y **continuidad**.

Igualmente, el artículo 6.º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 replica varios de los anteriores principios y adiciona los siguientes: disponibilidad, aceptabilidad; accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, pro homine, oportunidad, interculturalidad, protección a los pueblos indígenas, protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

De acuerdo con el anterior catálogo de principios que rigen la prestación del servicio de salud, la Sala hace especial énfasis en los principios de eficiencia, sostenibilidad y continuidad, por considerarlos relevantes para la cuestión formulada en la tercera pregunta.

Respecto al principio de eficiencia, las anteriores normas jurídicas lo han definido como «la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población». En otras palabras, el principio de eficiencia se refiere a la optimización de recursos y a la búsqueda de resultados relevantes en la prestación de servicios de salud.

El desarrollo jurisprudencial de este principio ha sido abundante. La Sala desataca lo dicho por la Corte, entre otras, en la Sentencia C- 463 de 2008 en la que consideró que «el principio de eficiencia en materia de salud hace relación al arte de la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles para lograr y asegurar la mejor prestación de los servicios de salud a toda la población a que da derecho la seguridad social en salud.»

En cuanto al principio de sostenibilidad, la norma señaló su alcance de la siguiente manera: «las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener **un flujo ágil y expedito**. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. **La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo**»⁸². [resaltado de la Sala].

Asimismo, frente a la optimización de los recursos económicos del SGSSS, la Ley 100 de 1993, de manera concreta, autoriza la intervención del Estado para «evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes»⁸³.

En esa línea, el artículo 180 de la misma Ley 100 de 1993 dispuso como requisito, entre otros, para el funcionamiento de las EPS, el de acreditar, periódicamente, el margen de solvencia que asegure la liquidez de estas entidades, el «cual será fijado por el Gobierno Nacional».

⁸² Artículo 153 modificado por el artículo 3.º de la Ley 1438 de 2011.

⁸³ Artículo 154.

En este sentido, el artículo 24 de la Ley 1438 de 2011⁸⁴, «Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», encargó al Gobierno nacional para fijar las condiciones de los márgenes de solvencia de las EPS, así como los requisitos habilitantes y de permanencia, de capacidad financiera, técnica y de calidad necesarios para operar de manera adecuada el aseguramiento en salud.

Al respecto, sobre este principio la Corte sostuvo lo siguiente:⁸⁵

Ha destacado la Corte expresamente la finalidad de la “*la sostenibilidad financiera del sistema de salud*”, en los siguientes términos:

*[...] dicho servicio requiere disponer de un flujo permanente de recursos que le permita su mantenimiento para la oportuna y adecuada prestación. El equilibrio financiero, en palabras de la Corte, tiene como finalidad garantizar la viabilidad del sistema de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo*¹²⁵⁰¹⁸⁶ [...]. [Sentencia C-252 de 2010].

Sobre el equilibrio financiero⁸⁷ como principio del SGSSS, la Corte ha sostenido⁸⁸:

La configuración del Sistema General de Seguridad Social en Salud en forma de administración delegada debe **mantener un equilibrio económico que le permita cumplir con los propósitos constitucionales**. La Corte ha sostenido de manera

⁸⁴ ARTÍCULO 24. REQUISITOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para que las Entidades Promotoras de Salud tengan un número mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo y cuenten con los márgenes de solvencia, la capacidad financiera, técnica y de calidad para operar de manera adecuada.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-313/2014.

⁸⁶ Cita original 250 en la sentencia C-252 de 2010: En la sentencia C-1707 de 2000, se sostuvo: «la iniciativa legislativa gubernamental no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley como en principio pareciera indicarlo el artículo 154 Superior. En realidad, teniendo en cuenta el fundamento de su consagración constitucional, cual es el de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, dicha atribución debe entenderse como aquella función pública que busca impulsar el proceso de formación de las leyes, no sólo a partir de su iniciación sino también en instancias posteriores del trámite parlamentario».

⁸⁷ Sobre este principio, la Corte Constitucional en sentencia C-978/10, consideró «Dentro del diseño del sistema de la seguridad social en salud el equilibrio financiero tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: la cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida. El equilibrio financiero en el sistema de seguridad social en salud, ha sido considerado por la jurisprudencia como un elemento fundamental para racionalizar el acceso a los servicios establecidos en los planes obligatorios de salud: “El buen funcionamiento del sistema de salud depende de su adecuada administración, lo que a su vez obedece a que el Estado regule adecuadamente el equilibrio entre los ingresos de recursos del sistema por un lado, y la prestación de servicios de calidad por el otro. Así no sólo es legítimo sino es necesario que se adopten medidas para racionalizar el acceso a los servicios establecidos en los planes obligatorios de salud, siempre tomando en cuenta la satisfacción del derecho a la salud y el efectivo acceso a los servicios que sean requeridos con necesidad».

⁸⁸ Sentencia C-177 de 1998.

sistemática que: "hacer efectivo el derecho a la seguridad social (CP art. 49) de quienes oportuna y cumplidamente cotizan con las entidades administradoras de salud, con lo cual se pretende, además, **proteger los recursos parafiscales** de la seguridad social **y exigir un grado importante de eficiencia en el pago y las transferencias de las cotizaciones, las cuales, en virtud del principio de solidaridad, revierten en beneficio no sólo del asalariado y su familia sino también de otras personas**, en virtud de la existencia del régimen subsidiado de salud. Se trata pues de finalidades que no sólo son jurídicamente legítimas sino que tienen gran importancia, conforme a los valores constitucionales, puesto que la Carta establece que la eficiencia y la solidaridad son principios que orientan el sistema de seguridad social en salud (CP arts 48 y 49), por lo cual **se deben proteger los recursos económicos que financian el sistema**". [Resalta la Sala].

En este punto, considera la Sala oportuno referirse al concepto de cartera por prestación de servicios de salud, toda vez que el mismo está relacionado con el principio de sostenibilidad financiera y, además, es el eje de uno de los cuestionamientos formulados por el ministerio.

La cartera por prestación de servicios de salud, se deduce del Decreto 441 de 2022⁸⁹, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, y es el conjunto de obligaciones, tanto deudas como créditos, que una entidad prestadora de servicios de salud tiene con otras entidades involucradas en el sistema de salud, como las EPS, las entidades de pago o las instituciones públicas. Estas obligaciones surgen de la prestación de servicios de salud y su posterior facturación.

El citado decreto, en aras de garantizar el acceso continuo de los usuarios a la prestación de los servicios o tecnologías en salud, sin interrupciones por razones administrativas, en los términos del literal d) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, incluyó algunas disposiciones para eliminar las barreras administrativas y «que tengan como fuente los acuerdos de voluntades, priorizando la atención integral del usuario y quitándole la carga administrativa de tramitar autorizaciones, estando ésta en cabeza de los prestadores de servicios de salud o los proveedores de tecnologías en salud, cuando sea requerida con base en el acuerdo de voluntades».

En resumen, la cartera por prestación de servicios de salud es un componente clave para la sostenibilidad financiera y la calidad del sistema de salud. Su correcta gestión es fundamental para garantizar una atención de calidad y cumplir las obligaciones económicas.

⁸⁹« Por medio del cual se sustituye el Capítulo 4 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 relativo a los acuerdos de voluntades entre las entidades responsables de pago, los prestadores de servicios de salud y los proveedores de tecnologías en salud» compilado en el Decreto 780 de 2016 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social».

Finalmente, el principio de continuidad, consiste en que, «[t]oda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad» [numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993]. Este principio hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud, quienes deben facilitar su acceso, promoción, protección y recuperación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad señalados en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

Al respecto, la Corte Constitucional ha venido reiterando⁹⁰ los criterios que deben tener en cuenta las EPS para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera:

(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados⁹¹.

Igualmente, la Corte ha sostenido que el principio de continuidad en la prestación de servicios de salud responde, no solo a la necesidad de los usuarios de recibir tales servicios, sino también a los postulados del principio de buena fe y de confianza legítima contemplados en el artículo 83 de la Constitución Política, que dispone: «[l]as 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».

Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va ser suspendido luego de haberse iniciado bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad.

Este principio implica:

- No interrupción de la atención;
- Garantía de acceso continuo;

⁹⁰ Ver, entre otras, sentencia T-1198 de 2003, cuya posición ha sido reiterada en las sentencias T-479 de 2012 y T-505 de 2012.

⁹¹ Corte Constitucional, T-124/16.

- Continuidad entre las diferentes etapas de la atención del paciente, asegurando un tratamiento eficaz y ajustado a sus necesidades.
- Evitar interrupciones por causas administrativas.

En otras palabras, el principio de continuidad **es el derecho** a recibir los servicios de salud de manera continua y, una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, esta no podrá ser interrumpida **por razones** administrativas o **económicas**⁹².

En otro pronunciamiento la Corte Constitucional ha señalado⁹³:

[L]a continuidad en la prestación de los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones o suspensiones en la prestación de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que se requieran, según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario, sin justificación válida. Por lo que es claro que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, exige entonces que tanto las entidades públicas como las privadas que tienen la obligación de satisfacer su atención, no pueden dejar de asegurar la prestación permanente y constante de sus servicios, cuando con dicha actuación pongan en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios.

Y en referencia adicional ha precisado⁹⁴:

El principio de *continuidad* en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, en ningún caso, por razones administrativas o económicas, entre otras razones, porque ello constituiría un agravio a la confianza legítima. Sobre este punto, en reiteradas ocasiones, la Corte ha manifestado que: *“Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. (...) [La] Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. [Resaltado de la Sala].*

⁹² «El Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos».(Corte Constitucional T-124/16).

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia T-274/20.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-017/21.

De lo expuesto respecto a los principios, e incorporando el concepto de UPC, así como la concepción de la prestación del servicio de salud como un sistema de aseguramiento, la Sala concluye que las EPS están facultadas para realizar pagos de cartera por prestación de servicios de salud de vigencias anteriores con la Unidad de Pago por Capitación calculada y reconocida para una anualidad diferente, por las siguientes razones:

1. La UPC es una prima que se paga por cada afiliado al Sistema de Salud. Prima que equivale al valor que a cada afiliado le correspondería por hacer uso del servicio de salud.
2. Para calcular ese riesgo, la UPC se establece atendiendo, como ya se mencionó, entre otros, factores epidemiológicos, geográficos y etarios. Con ello, en principio, la UPC debería ser suficiente para cubrir los servicios de salud de cada afiliado para la vigencia anual para la cual fue calculada. Se reitera, que su pago es *ex ante*, es decir, antes de presentarse la siniestralidad.
3. Sin embargo, como ya se ha ilustrado, los diferentes autos de seguimiento de la Corte Constitucional han establecido que la UPC es insuficiente y que el sistema se encuentra en un descalce financiero.
4. Ahora bien, como se ha sostenido, no se trata de un contrato de seguros clásico, pues el aseguramiento está dado en clave de un derecho fundamental, esto es, lo que se asegura es la salud, y en ese sentido debe estudiarse el sistema desde una dimensión constitucional y no netamente contable, pues se insiste, lo que asegura la prima (UPC) es el derecho a la salud, mas no un derecho patrimonial como podría ocurrir en cualquier otro contrato de seguro.
5. El uso de la UPC para cartera de vigencias anteriores a la que fue calculada está ligada al concepto de seguridad social en salud, pues su destinación será el pago, exclusivamente, de obligaciones que surjan de la prestación del servicio.
6. Es por tal razón, que la respuesta a la tercera pregunta encuentra fundamento en la dimensión del derecho a la salud, en especial, en orden a los principios de eficiencia, sostenibilidad y continuidad que rigen el SGSSS.

De acuerdo con lo anterior, el sistema debe garantizar la prestación del servicio de salud, pues se reitera, es una gestión o negocio en marcha cuya continuidad no puede verse afectada por razones administrativas o financieras, entre otras, porque ello constituiría un agravio a la confianza legítima.

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado que⁹⁵

⁹⁵ Corte Constitucional, T-121-2015.

Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. (...) [La] Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.”

La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que garantiza la integralidad en la prestación de los servicios, hasta tanto se logre la recuperación o estabilidad del paciente. Por ello, **repugna al ordenamiento constitucional, las interrupciones arbitrarias que afectan la salud e integridad de las personas.** [Resalta la Sala].

Por consiguiente, para la Sala es procedente el uso de la UPC fijada para una determinada vigencia, para pagar obligaciones anteriores, siempre y cuando, dichos pagos no afecten la prestación del servicio a los afiliados y aquellas no se encuentren prescritas⁹⁶. Adicionalmente, advierte la Sala, que no existe en el ordenamiento jurídico norma que impida el uso de la UPC de una vigencia para pagar obligaciones anteriores.

Al encontrar viable, en derecho, el uso de la UPC para pagar servicios prestados en años anteriores, la Sala debe advertir al Ministerio de Salud y de la Protección Social que es deber y responsabilidad de las EPS, conforme sus flujos de caja y su situación financiera y operativa, evaluar, ponderar y decidir la mejor alternativa posible para la destinación de los recursos, en aras de no hacer más gravosa su situación financiera, así como de evitar la paralización o interrupción del servicio, preservando el fin esencial de brindar atención efectiva en garantía del derecho fundamental a la salud.

Asimismo, resulta pertinente recordar que el uso adecuado de la UPC, con fundamento en su destinación específica, está sometido, en todo caso, a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud⁹⁷.

⁹⁶Sobre la prescripción de las obligaciones por servicios de salud se puede consultar la sentencia del 30 de enero de 2014 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No 25000-23-24-000-2007-00210-01 y el concepto núm. 2380 del 27 de noviembre de 2018 emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁹⁷ **ARTÍCULO 121. Sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.** Serán sujetos de inspección, vigilancia y control integral de la Superintendencia Nacional de Salud: 121.1 Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar. [Ley 1438 de 2011].

II. EJES TEMÁTICOS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS iii) y iv)

4. Cobro de los servicios y tecnologías en salud

4.1. Régimen jurídico aplicable

El servicio de salud está definido en el artículo 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado con la participación de los particulares. En ese contexto, por disposición de la Ley 100 de 1993⁹⁸, las instituciones prestadoras de servicios de Salud (IPS) pueden ser entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias o solidarias⁹⁹. Su responsabilidad institucional dentro del SGSSS es la de prestar los servicios de salud de los afiliados.

De conformidad con el artículo 194 de la misma ley, los servicios de salud, por parte de la Nación o de las entidades territoriales, se presta a través de las empresas sociales del Estado. Respecto al régimen jurídico aplicable, el numeral 6 de aquella disposición, dispone que, en materia contractual, esas entidades públicas se rigen por el derecho privado, aunque pueden «discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública»

Significa lo anterior, que la ley estableció para las IPS un régimen jurídico común de contratación, independientemente de su naturaleza jurídica, pues salvo la excepción ya comentada respecto a las cláusulas exorbitantes, a las IPS de naturaleza pública le son aplicables igualmente las normas del derecho privado.

4.2. Las modalidades de pago

La Ley 1122 de 2007, que modificó el Sistema de Seguridad Social en Salud, contempló las siguientes modalidades para el pago de los servicios de salud (artículo 13, literal d):

Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días

⁹⁸ ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. [...]

⁹⁹ Según lo establece el literal i) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura; [Subraya de la Sala]

Como se observa, la ley permite un pago anticipado del 100% para los pagos por capitación y un 50% para las demás modalidades de pago.

Ahora bien, las modalidades de pago deben estar pactadas de forma expresa en los denominados acuerdos de voluntades que menciona el artículo 2.5.3.4.2.1. del Decreto 780 de 2016. Estos acuerdos se pactan previamente en una etapa de negociación entre las entidades responsables del pago, los prestadores de servicios de salud y los proveedores de tecnologías en salud. Los acuerdos de voluntades deben contener, entre otros elementos, el plazo de duración del acuerdo y de ejecución de las obligaciones, la modalidad o modalidades de pago, la nota técnica según la modalidad de pago¹⁰⁰, las tablas de acuerdo con la modalidad de pago pactada y los plazos de pago, «los cuales no pueden exceder lo establecido en los artículos 13 de la Ley 1122 de 2007, 57 de la Ley 1438 de 2011 y 3 de la Ley 2024 de 2020, según el caso».

En esa línea, es importante anotar que el momento de exigibilidad total de las obligaciones por atención de servicios de salud lo determina las modalidades de pago pactadas. El Decreto 780 de 2016¹⁰¹, las clasifica en modalidades de pago prospectivo y retrospectivo, así:

5. Pago prospectivo. Modalidad de pago en la cual se define por anticipado el valor esperado de la frecuencia de uso de un conjunto de servicios y tecnologías en salud y de su costo, y que permite determinar previamente un pago por caso, persona o global, que tienen características similares en su proceso de atención.

6. Pago retrospectivo. Modalidad de pago posterior al proceso de atención, en la cual no se conoce con anterioridad el monto final a pagar, y está sujeto a la frecuencia de uso de servicios y tecnologías en salud. [Subraya de la Sala]

Las modalidades de pago prospectivo que menciona el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 son los contratos por capitación y el global prospectivo o grupo diagnóstico; y los

¹⁰⁰ La nota técnica, según el Decreto 780 de 2016 (artículo 2.5.3.4.1.3, numeral 4), es «una herramienta de transparencia y eficiencia entre las partes que suscriben el acuerdo de voluntades, la cual refleja de manera detallada los servicios y las tecnologías de salud, su frecuencia de uso estimada, sus costos individuales y el valor total por el grupo de población o de riesgo, atendiendo al término de duración pactado y a las situaciones que puedan presentarse durante su ejecución, soportando de esta manera la tarifa final acordada de manera global o por usuario-tiempo, de acuerdo con la modalidad de pago».

¹⁰¹ Artículo 2.5.3.4.1.3 (numerales 5 y 6).

retrospectivos, en el cual no se conoce con anterioridad el monto final a pagar, son los pagos por evento. Al respecto, el artículo 2.5.3.4.2.3. del Decreto 780 de 2016 indica:

ARTÍCULO 2.5.3.4.2.3. Modalidades de pago aplicables en los acuerdos de voluntades. En los acuerdos de voluntades se podrá escoger y pactar libremente una o varias modalidades de pago, de acuerdo con el objeto contractual y las obligaciones a cargo de las partes para los servicios y tecnologías en salud incluidos en el Plan de Beneficios de Salud o en el Plan de Intervenciones Colectivas. Para ello, podrán acordar, entre otras, las siguientes:

Pago individual por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o canasta: Modalidad prospectiva en las cuales se acuerda por anticipado el pago de una suma fija, como valor a reconocer en cada caso atendido, ligados a un evento, condición o condiciones en salud relacionadas entre sí, las cuales son atendidas con un conjunto definido de servicios y tecnologías de salud.

Pago Global prospectiva: Modalidad de pago por grupo de personas determinadas, mediante la cual se pacta por anticipado el pago de una suma fija global para la prestación de servicios o el suministro de tecnologías en salud a esa población durante un periodo de tiempo definido, cuya frecuencia de uso es ajustada por el nivel de riesgo en salud y el cambio de los volúmenes de la población estimados en el acuerdo de voluntades.

Pago por capitación: Modalidad de pago prospectiva que aplica para la prestación o provisión de la demanda potencial de un conjunto de servicios y tecnologías en salud, que se prestan o proveen en los servicios de baja complejidad, mediante la cual las partes establecen el pago anticipado de una suma fija por usuario, dentro de una población asignada y previamente identificada, durante un período de tiempo determinado.

Pago por evento: Modalidad de pago retrospectiva que aplica para la prestación y provisión de servicios y tecnologías en salud, mediante la cual las partes acuerdan una suma fija por cada unidad suministrada para la atención de los requerimientos en salud de una persona.

PARÁGRAFO 1. En los acuerdos de voluntades en los que se pacten modalidades de pago prospectivas, siempre se deberán incorporar notas técnicas y pactar mecanismos de ajuste de riesgo frente a las desviaciones de estas. [...] [Subraya de la Sala]

En suma, la exigibilidad del pago por los servicios y tecnologías en salud se fija, en últimas, de forma consensuada en función de las obligaciones contractuales pactadas entre las EPS, los prestadores de servicios de salud y los proveedores de tecnologías de salud, y en atención a las modalidades de pago acordadas. Todo lo anterior, dentro de los parámetros definidos en el artículo 13, literal d), de la Ley 1122 de 2007.

4.3. La radicación de la facturación

Una de las preguntas formuladas por el Ministerio consultante está relacionada con la radicación de la facturación dentro de la vigencia en la cual fue determinada la UPC:

«[t]eniendo en cuenta que la fijación de la UPC es anual ¿Existe la obligación para que la radicación de la facturación por parte de las IPS se realice dentro de la vigencia en la cual fue determinada la UPC?».

Como se observa, la premisa o afirmación que usa el Ministerio para formular la pregunta condiciona su análisis no con respecto al principio de anualidad, sino con el momento de la fijación del valor de la UPC, que se establece antes de iniciar una nueva vigencia fiscal (31 de diciembre). En este sentido, la cuestión a dilucidar consiste en identificar si existe una limitación que obligue a radicar las facturas dentro el año siguiente, a partir de la fecha de fijación del valor de la UPC.

Pues bien, el momento de la radicación de la facturación lo señala el artículo 15 de la Ley 1966 de 2019, que obliga a todos los prestadores de servicios de salud generar la factura electrónica de venta en salud (FEV) para el cobro de los servicios y tecnologías en salud, así:

ARTÍCULO 15. FACTURA ELECTRÓNICA EN SALUD. Todos los prestadores de servicios de salud están obligados a generar factura electrónica para el cobro de los servicios y tecnologías en salud. Deberán presentarla, al mismo tiempo ante la DIAN y la entidad responsable de pago con sus soportes en el plazo establecido en la ley, contado a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente, prescribirá el derecho en los términos de ley.

El Ministerio de Salud y Protección Social definirá los lineamientos, soportes y términos que deben cumplir las facturas, incluyendo los requisitos asociados al Registro Individual de Prestación de Servicios de Salud (RIPS), y en lo que sea pertinente en coordinación con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

En todo caso la generación de los RIPS se realizará al momento de prestar el servicio, de la entrega de tecnología en salud o del egreso del paciente.

La ley establece que la facturación debe radicarse a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente, pero también exige que se encuentren debidamente soportadas con el denominado Registro Individual de Prestación de Servicios de Salud (RIPS). El RIPS contiene un conjunto de datos y documentos técnicos médicos requeridos como soporte de la venta de servicios de salud, con la finalidad de acreditar, efectivamente, la prestación del servicio. La Resolución 2275 de 2023, al respecto, señala:

Artículo 4. Del Registro Individual de Prestación de Servicios de Salud - RIPS. El Registro Individual de Prestación de Servicios de Salud es el conjunto de datos que contiene la información relacionada con la prestación o provisión de servicios y tecnologías de salud al (los) usuario(s). El RIPS se utilizará para los procesos de prestación o provisión de servicios y tecnologías de salud y su facturación, así como para los procesos de dirección, regulación y control.

El RIPS será generado, validado y enviado como soporte de la factura de venta por parte de los facturadores electrónicos del sector salud, esto es, prestadores de servicios de salud, proveedores de tecnologías en salud y otras entidades que en el marco de sus funciones legales deban entregarlos.

Como se observa la radicación de la facturación es un proceso complejo en la medida de que debe ser presentada con los debidos soportes técnicos médicos emitidos por los profesionales de la salud. Para ilustrar la complejidad de la radicación de la facturación se menciona un ejemplo de un paciente que es hospitalizado en el año 2024 y dado de alta en el año siguiente.

A dicho paciente durante las dos vigencias se le realizan diagnósticos, estudios de patología, intervenciones quirúrgicas, suministro de medicamentos, entre otros procedimientos. El tiempo de facturación es más demorado, por cuanto la radicación de las facturas y la recopilación de los datos del RIPS se hace una vez el paciente egresa de la institución hospitalaria, es decir en el año 2025.

Para este evento de hospitalización como soporte para el RIPS se exigen los datos relativos a los usuarios, los servicios de tecnología de salud utilizados, los de las consultas, los de los procedimientos, los de los medicamentos suministrados, la historia clínica etc. Igualmente, se debe tener en cuenta que puede proceder la devolución de la facturación cuando el servicio no está autorizado o cuando no es acorde con las tarifas predeterminadas en las notas técnicas, entre otras circunstancias.

4.4. Conclusiones

Puede ocurrir que el cobro de los servicios de salud se produzca en una vigencia anual distinta de la UPC en la cual se prestaron los servicios de salud, porque la radicación de la facturación debe hacerse en el instante en que las modalidades de pago acordadas entre los prestadores de servicios de salud y los proveedores de tecnologías en salud lo permitan, y, por disposición de la ley, a partir del cumplimiento del servicio de salud, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente.

En adición, de conformidad con el análisis normativo realizado en este acápite, no hay norma jurídica que obligue o disponga la radicación de la facturación por la prestación de los servicios de salud en un mismo año calendario o dentro de la misma vigencia de una

UPC. Es decir, la radicación de la facturación no está condicionada o asociada a la anualidad o vigencia de la UPC.

5. Reservas técnicas y el régimen de inversión

5.1. Antecedentes

El Decreto 574 de 2007¹⁰², derogado por el Decreto 2702 de 2014, definió las reservas técnicas como «el monto registrado en el pasivo que refleja las **obligaciones presentes, y las que razonablemente pueden preverse en el futuro**»¹⁰³. Como su nombre y definición lo indican son registros de cuentas por pagar, cuyo monto se calcula bajo una técnica determinada. Por su naturaleza financiera deben registrarse en el pasivo de los estados financieros de las EPS.

Según lo señaló la Circular Básica 047 de 2007 de la Superintendencia de Salud, las reservas técnicas tienen como objeto «**reflejar las obligaciones que las aseguradoras asumen con sus asegurados, al tener que cubrir pagos eventuales por conceptos de primas y siniestros**». La Sala en acápite posterior profundizará en el uso y la utilidad de este mecanismo y las clases de reservas autorizadas por el Decreto 2702 de 2014, compilado en el Decreto 780 de 2016.

El concepto de reservas técnicas mencionado está íntimamente ligado con los márgenes de solvencia y capacidad financiera de las EPS. Así lo entendió el Consejo de Estado¹⁰⁴:

A juicio de la Sala, los aspectos atinentes a la constitución y mantenimiento de reservas técnicas y la administración de los riesgos no resultan extraños al tema relativo al margen de solvencia ni a la suficiencia patrimonial, requisitos estos que se exigen para que una EPS o entidad adaptada pueda operar o permanecer como tal, dado que todo ello es indispensable para garantizar una viabilidad económica y financiera y, por ende, la prestación eficiente del servicio de salud.

Siendo ello así, mal puede afirmarse que el Gobierno Nacional carezca de la facultad de reglamentación cuando el texto del artículo 180, numerales 4, 6 y 7, propende para que la Superintendencia Nacional de Salud solo autorice el funcionamiento de EPS que dispongan de una adecuada organización financiera; acrediten liquidez y solvencia y tengan un capital o fondo social mínimo, todo ello fijado o determinado por el Gobierno Nacional.

Tan cierto es que los conceptos de solvencia, reserva y suficiencia patrimonial están íntimamente ligados, que a folios 120 a 139 del expediente, obra el documento

¹⁰² Por el cual se definen y adoptan las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas.

¹⁰³ Así lo definió el Decreto 574 de 2007, derogado por el Decreto 2702 de 2014.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Decisión del 18 de julio de 2012, Radicado núm. 11001-03-24-000-2007-00336-00.

denominado “INFORME FINAL CONSOLIDADO SOBRE EL DISEÑO DE UNA REGULACIÓN PRUDENCIAL BASADA en la solvencia (Condiciones de suficiencia Patrimonial y Financiera del Sistema Único de Habilitación) PARA ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, ADMINISTRADORAS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO, ENTIDADES ADAPTADAS Y EMPRESAS DE MEDICINA PRE-PAGADA”, elaborado por el Consultor Carlos Eduardo Ruiz Villarreal, en el cual se hace referencia a la crisis financiera y al margen de solvencia en el mercado asegurador. [Subraya la Sala]

En efecto, las reservas técnicas contribuyen, sin duda, a mantener el principio de la sostenibilidad financiera del SGSSS porque permiten estimar, con anticipación, los costos de la prestación de los servicios de salud y sirven, como se verá más adelante, para la creación de fondos de inversión para que las EPS cumplan con el pago de las obligaciones con los proveedores y prestadores de los servicios de salud. Esto garantiza la no interrupción del servicio de salud.

5.2. Las condiciones financieras exigidas a las EPS

A las EPS se les exige para entrar en operación y permanecer en el SGSSS unas determinadas condiciones de suficiencia patrimonial y financiera, que les permita contar con un margen de solvencia. Estas condiciones son: la acreditación de un capital mínimo y de un patrimonio adecuado, la constitución de una reserva legal y de unas reservas técnicas, y un régimen de inversión sobre estas últimas. (artículos 2.º a 8.º del Decreto 2702 de 2014, compilado en el Decreto 780 de 2016).

La Superintendencia Nacional de Salud es la entidad encargada de realizar el control y vigilancia para que se cumplan las condiciones de habilitación y permanencia de las EPS, y en ejercicio de esa competencia puede imponer las sanciones de «amonestación escrita, multa o revocatoria de la autorización de funcionamiento, de conformidad con la graduación de las sanciones establecidas en la reglamentación vigente sobre la materia»¹⁰⁵. Igualmente, tiene facultades para tomar medidas especiales o preventivas y para intervenir, excepcionalmente, de manera forzosa, en la administración o liquidación de las mismas.

El Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección (Decreto 780 de 2016) contiene la normativa que establece el monto del capital mínimo que deben acreditar las EPS, la regla financiera para calcularlo, la metodología para determinar el patrimonio adecuado y las reglas para la constitución de la reserva legal.

Para efecto de resolver una de las preguntas de la consulta, se hace necesario revisar las disposiciones reglamentarias relacionadas con las reservas técnicas y su régimen de inversión contenidas en el Decreto 2702 de 2014¹⁰⁶, compiladas por el Decreto Único

¹⁰⁵ Artículo 2.5.2.3.5.1. del Decreto 780 de 2016.

¹⁰⁶ «Por el cual se actualizan y unifican las condiciones financieras y de solvencia de las entidades autorizadas para operar el aseguramiento en salud y se dictan otras disposiciones».

Reglamentario del Sector Salud y Protección (Decreto 780 de 2016) a partir del artículo 2.5.2.2.1.9.

5.3. Metodología para la constitución de las reservas técnicas

El mencionado artículo 2.5.2.2.1.9. del Decreto 780 de 2016 regula las reservas técnicas, así:

ARTÍCULO 2.5.2.2.1.9. Reservas técnicas. Las entidades a que hace referencia el artículo 2.5.2.2.1.2^[107] del presente decreto tienen la obligación de calcular, constituir y mantener actualizadas mensualmente las siguientes reservas técnicas, las cuales deberán acreditarse ante la Superintendencia Nacional de Salud, conforme al artículo 2.5.2.2.1.10 del presente decreto.

1. Reserva para obligaciones pendientes. Tiene como propósito mantener una provisión adecuada para garantizar el pago de la prestación de servicios de salud del Sistema de Seguridad Social en Salud que están a cargo de las entidades a que hace referencia el artículo 2.5.2.2.1.2 del presente decreto.

Esta reserva comprende tanto los servicios de salud ya conocidos por la entidad como los ocurridos, pero aún no conocidos, que hagan parte del plan obligatorio de salud y de los planes complementarios, así como las incapacidades por enfermedad general.

1.1. La reserva de obligaciones pendientes y conocidas se debe constituir en el momento en que la entidad se entere por cualquier medio, del hecho generador o potencialmente generador de la obligación.

La Superintendencia Nacional de Salud para efectos de la inspección, vigilancia y control, definirá la clasificación y desagregación de estas reservas.

El monto de la reserva a constituir debe corresponder al valor estimado o facturado de la obligación de acuerdo con la información con la que se cuente para el efecto. Tratándose de la autorización de servicios y sin que por ello se entienda extinguida la obligación, la reserva se podrá liberar en los plazos que defina la Superintendencia Nacional de Salud, con base en el estudio que realice sobre los servicios autorizados y no utilizados.

1.2. La reserva de obligaciones pendientes aún no conocidas, corresponde a la estimación del monto de recursos que debe destinar la entidad para atender obligaciones a su cargo ya causadas pero que la entidad desconoce.

¹⁰⁷ ARTÍCULO 2.5.2.2.1.2. Alcance y ámbito de aplicación. Las normas del presente Capítulo aplican a todas las Entidades Promotoras de Salud (EPS), a las organizaciones de economía solidaria vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud que se encuentran autorizadas para operar el aseguramiento en salud, a las Entidades Adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y a las Cajas de Compensación Familiar, que operan en los regímenes contributivo y/o subsidiado independientemente de su naturaleza jurídica. [...]

Para la constitución de esta reserva se deben utilizar metodologías que tengan en cuenta el desarrollo de las obligaciones, conocidas como métodos de triángulos. Para el cálculo de esta reserva la entidad deberá contar como mínimo con tres (3) años de información propia y se deberá constituir mensualmente.

Las entidades a que hace referencia el artículo 2.5.2.2.1.2 del presente decreto que inicien operaciones después de su entrada en vigencia, deberán presentar una metodología de cálculo alternativa a utilizar mientras transcurren los tres años señalados, la cual debe ser autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud.

2. Otras Reservas. Cuando de los análisis y mediciones realizados se determinen pérdidas probables y cuantificables, se reflejarán en los estados financieros mediante la constitución de la reserva correspondiente. La Superintendencia Nacional de Salud, cuando lo estime conveniente, podrá ordenar la constitución de este tipo de reservas, de acuerdo con la naturaleza de las operaciones y con el objetivo de garantizar la viabilidad financiera y económica.

PARÁGRAFO. El valor que las entidades responsables de pago giren en cumplimiento de lo establecido en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007¹⁰⁸ sobre las facturas presentadas para el cobro por la prestación de servicios de salud, deben ser registrados como menor valor del requerido de la reserva. (Subrayas de la Sala)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.5.2.2.1.9. se puede deducir lo siguiente:

1. La finalidad de las reservas técnicas no es proteger el patrimonio social de las EPS. Tiene dos destinaciones específicas: (i) provisionar y asegurar el pago ordinario de las obligaciones pendientes o vigentes, por la prestación de los servicios del Plan Básico de Salud (consultas, suministros de medicamentos, procedimientos etc.), de los planes complementarios y de las incapacidades por enfermedad general; y (ii) cubrir pagos eventuales. En consecuencia, el mecanismo de las reservas técnicas en salud se concibió como provisión de fondos para el pago de obligaciones¹⁰⁹. (numeral 1º).

¹⁰⁸ «d) Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura.».

¹⁰⁹ Conceptualmente la reserva está asociada para hechos futuros e inciertos y la provisión para planificar y gestionar el pago de obligaciones.

2. La finalidad que persigue la citada norma de exigir a las EPS mantener actualizadas las reservas técnicas, es que se tenga previsto un valor aproximado de las cuentas por pagar del plan básico de salud, de los planes complementarios y de las incapacidades por enfermedad general. (numeral 1.1.).

3. Las reservas para las obligaciones conocidas y no conocidas por la prestación de servicios de salud, se hacen para las obligaciones pendientes, es decir las vigentes, con independencia del momento de su exigibilidad o causación. (numeral 1°).

4. Las EPS deben constituir y actualizar permanentemente el registro de las reservas técnicas para calcular el monto de las obligaciones pendientes, conocidas y no conocidas. El monto de las primeras se determina por el valor estimado o facturado de la obligación, y el monto de las segundas, de conformidad con los datos históricos que poseen dichas entidades. (numerales 1.1. y 1.2, respectivamente).

5. La Superintendencia Nacional de Salud, de los análisis y mediciones que realice, puede ordenar la constitución de más reservas, cuando lo estime conveniente, para evitar pérdidas probables y cuantificables. (numeral 2).

6. El valor de las facturas pagadas durante el ejercicio ordinario de pago a prestadores del servicio de salud o de proveedores disminuye el valor requerido de las reservas, por extinción parcial o total de las obligaciones. (parágrafo).

7. En ese mismo sentido, cuando se paga una obligación con una reserva constituida se libera. También se liberan en los plazos que defina la Superintendencia Nacional de Salud. La Sala más adelante analizará con mayor detenimiento este punto.

8. La constitución y actualización de las reservas técnicas debe acreditarse ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Cabe resaltar que las reservas técnicas se registran en el pasivo de los estados financieros de las EPS, pero tan solo es un registro o provisión de las reservas técnicas, porque con este registro contable no se realiza ningún movimiento de recursos.

5.4. Liberación de las reservas técnicas

El Decreto 780 de 2016 no definió el concepto de liberación de las reservas técnicas para el sistema de aseguramiento en salud, pero este mecanismo es el mismo que se utiliza en el sector asegurador. La liberación de las reservas ocurre cuando se pagan los siniestros en cumplimiento de un contrato de seguro o cuando se presenta una reducción, por distintas circunstancias, en la estimación del valor de futuras obligaciones con el asegurado. La liberación de reservas, como se verá más adelante, reduce el pasivo de las compañías aseguradoras y, para el caso de la salud, el pasivo de las EPS.

La liberación de las reservas de las EPS no solamente sucede por pago de las obligaciones por siniestros de salud, sino también por mandato del artículo 2.5.2.2.1.9. del Decreto 780 de 2016, por vencimiento de los plazos de liberación y por otras eventualidades o condiciones previamente establecidas por la Superintendencia Nacional de Salud.

En efecto, cuando se cancela la obligación de la factura correspondiente opera forzosamente la liberación de la reserva técnica, esto es, por el giro normal del pago de las obligaciones de las EPS. Bajo esa dinámica, contablemente en los estados financieros de las EPS al momento de pagar una obligación la reserva técnica constituida se extingue, disminuyendo así el monto del pasivo de las EPS. Esas son las dos circunstancias de liberación de las reservas:



Ilustración 5-Nota fuente propia

La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus facultades, ha definido las condiciones de liberación de las reservas y ha determinado otras circunstancias distintas a cuando no se causa el servicio o no se cobra la obligación. A título de ejemplo, se puede mencionar la Circular Externa 0002 de 2021, que determinó los plazos para los presupuestos máximos¹¹⁰. Allí se dispuso:

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 en el artículo 18 de la Resolución 205 de 2020, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social de debe tener en cuenta:

[...]

¹¹⁰ Los presupuestos máximos son los recursos que financian los servicios de salud no cubiertos con la UPC. Corresponde a servicios de alto costo.

2. [...] 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.

El mecanismo de la liberación de las reservas contribuye a una estimación o aproximación más exacta o real de las obligaciones. Además, la liberación de las reservas técnicas es importante para la toma de decisiones financieras por parte de las EPS y, al tiempo, mejora los índices de las condiciones financieras habilitantes para su funcionamiento.

5.5. El régimen de inversión de las reservas técnicas

Para respaldar las reservas técnicas se creó un régimen de inversión, lo que implica no solamente un registro contable en el activo de los estados financieros de las EPS en la cuenta de inversiones de reservas técnicas, sino también un movimiento de recursos, específicamente de los ingresos que reciben las EPS por la UPC.

El régimen de las reservas técnicas está contenido en el artículo 8.º del Decreto 2702 de 2014, compilado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social (Decreto 780 de 2016) artículo 2.5.2.2.1.10. Este artículo del Decreto Único fue modificado por los artículos 3º del Decreto 2117 de 2016, 1º del Decreto 1683 de 2019 y 1º del Decreto 995 de 2022.

El artículo 2.5.2.2.1.10. del Decreto 780 de 2016 prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 2.5.2.2.1.10 Inversión de las reservas técnicas. Las entidades a que hace referencia el artículo 2.5.2.2.1.2 del presente decreto, deberán mantener inversiones de al menos el 100% del saldo de sus reservas técnicas del mes calendario inmediatamente anterior, de acuerdo con el siguiente régimen:

1. Requisito general. Las inversiones deben ser de la más alta liquidez y seguridad.

2. Inversiones computables. El portafolio computable como inversión de las reservas técnicas debe corresponder a:

a) Títulos de deuda pública interna emitidos o garantizados por la Nación o por el Banco de la República,

b) Títulos de renta fija emitidos, aceptados, garantizados o avalados por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, incluyendo al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín) y al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas (Fogacoop);

c) Depósitos a la vista en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, descontados los descubiertos en cuenta corriente registrados en el pasivo de acuerdo con las normas contables aplicables;

d) Certificados de reconocimiento de deuda por servicios no financiados con cargo a la UPC auditada y aprobada, suscritos por el representante legal de la entidad territorial, el representante legal de la ADRES. Estos certificados computarán por su valor facial.

Los certificados expedidos por ADRES deben ser informados mensualmente por su representante legal a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

e) El valor de las cuentas radicadas por concepto de servicios y tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC, entre el 1 de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2019, cuyo resultado definitivo del proceso de verificación y control, no se tenga o no se hubiese notificado, siempre que no estén siendo utilizadas como garantía de otras obligaciones. Estas cuentas solo podrán ser computadas como respaldo de las reservas técnicas hasta que se haya notificado el resultado definitivo del proceso de verificación y control, cuando este sea negativo, o, hasta el momento del pago cuando el resultado sea positivo.

f) Participaciones en fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia, cuya política de inversión considere como activos admisibles aquellos distintos a títulos y/o valores participativos. Se excluyen los fondos de inversión colectiva apalancados de que trata el Capítulo 5 del Título 1 del Libro 1 de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

g) Certificados de los recursos de Unidad de Pago por Capitación - UPC, apropiados por las Entidades Promotoras de Salud y que no han sido distribuidos por la ADRES suscritos por el representante legal de ADRES. Estos certificados computarán por su valor.

3. Requisitos. Las inversiones computarán bajo los siguientes parámetros:

a) Cuando correspondan a un mismo emisor o establecimiento de crédito, la inversión del numeral b. será computable como respaldo de la reserva técnica solamente hasta el 10% del valor del portafolio de inversiones;

b) El conjunto de las inversiones del numeral 2.b. realizadas en títulos cuyo emisor, aceptante, garante, u originador, sea una entidad vinculada, no puede exceder el diez por ciento (10%) del valor del portafolio;

c) Los recursos que respaldan las reservas técnicas computarán hasta el treinta por ciento (30%) de una misma emisión de títulos, de acuerdo con las inversiones permitidas según el régimen.

Quedan exceptuadas de este límite las inversiones del numeral 2.a y 2.d, las realizadas en Certificados de Depósitos a Término (CDT) emitidos por establecimientos de crédito y las inversiones de títulos de deuda emitidos o garantizados por Fogafín y Fogacoop.

d) Las inversiones del numeral 2.b. requieren la calificación de deuda a corto o largo plazo del emisor o del establecimiento de crédito, según corresponda, equivalente cuando menos a grado de inversión y otorgada por una sociedad calificadora de riesgos autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Las inversiones del numeral 2.c. requieren la calificación de la capacidad de pago a **corto plazo** del establecimiento de crédito, equivalente cuando menos a grado de inversión otorgada por una sociedad calificadora de riesgos autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

El requisito de calificación para las inversiones del numeral 2.f se tomará respecto de los títulos de deuda en que puede invertir el fondo de inversión colectiva, según su reglamento.

El requisito de calificación es exigible respecto del noventa por ciento (90%) de los títulos de renta fija en que pueda invertir el fondo de inversión colectiva.

e) Las inversiones de los numerales 2.a., 2.b. y 2.f. se deben realizar sobre títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

f) Todas las negociaciones de inversiones de los títulos descritos en los numerales 2.a. y 2.b. se deben realizar a través de sistemas de negociación de valores, o en el mercado mostrador, registradas en un sistema de registro de operaciones sobre valores debidamente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia siempre que las mismas sean compensadas y liquidadas mediante un sistema de liquidación y compensación de valores autorizados por dicha Superintendencia;

g) Los títulos o valores representativos de las inversiones que respaldan las reservas técnicas susceptibles de ser custodiados se deben mantener en todo momento en los depósitos centralizados de valores debidamente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Para efecto de los depósitos se tendrán en cuenta los términos establecidos en los reglamentos de operaciones de los citados depósitos centralizados de valores, contados a partir de la fecha de adquisición o de la transferencia de propiedad del título o valor.

h) El valor a que se refiere el literal e) del numeral 2 de este artículo, será computado como respaldo de las reservas técnicas hasta por el monto que resulte de tomar el valor total de las cuentas radicadas, descontando el giro previo realizado sobre las mismas y el porcentaje promedio de la glosa de la Entidad Promotora de Salud, correspondiente a los doce (12) últimos períodos con resultado del proceso de verificación y los anteriores conceptos deberán ser certificados por la ADRES o por la entidad territorial, sin que el monto allí contenido constituya un certificado de deuda.

El conjunto de las inversiones de que trata el literal f) del numeral 2 de este artículo, será computable como respaldo de las reservas técnicas solamente hasta el 10% del valor del portafolio de inversiones.

4. Restricciones. Las inversiones de las reservas técnicas se deben mantener libres de embargos, gravámenes, medidas preventivas, o de cualquier naturaleza que impida su libre cesión o transferencia. Cualquier afectación de las mencionadas impedirá que sea computada como inversión de las reservas técnicas.

5. Defectos de inversión por valoración. Los defectos de inversión que se produzcan exclusivamente como resultado de cambios en la valoración del portafolio, deberán ser reportados inmediatamente a la Superintendencia Nacional de Salud y tendrán plazo de un (1) mes para su ajuste, contado a partir de la fecha en que se produzca el defecto respectivo.

Parágrafo. Para efectos de este artículo se entenderá por entidad vinculada la definición contenida en el artículo 2.31.3.1.12 del Decreto 2555 de 2010.

De conformidad con la reglamentación anterior, las EPS, mensualmente, deben invertir la totalidad de las reservas técnicas del mes inmediatamente anterior en títulos de deuda pública interna, de renta fija, depósitos a la vista y carteras colectivas. Es decir, no se permite la inversión de las reservas técnicas con rentas variables como las acciones.

Son computables como inversión de las reservas técnicas también los certificados de los recursos no transferidos por la ADRES por pago de prestaciones de servicios de salud causados y no financiados con cargo a la UPC y los certificados de los recursos de la UPC apropiados y no distribuidos por la ADRES. Esto, con el fin de tener en cuenta estos ingresos, que aún no han sido transferidos, como respaldo de las reservas técnicas o cuentas por pagar. Estos recursos sirven para aumentar el indicador de las reservas técnicas requeridas.

Las inversiones de las reservas técnicas, tal como lo señala el artículo 2.5.2.2.1.10, deben ser de la más alta liquidez, porque son los recursos con los que cuentan las EPS para pagar todas las obligaciones por prestación de servicios de salud. Por su naturaleza financiera, las inversiones se registran en el activo de los estados financieros de las EPS. La constitución de la reserva y su inversión se resume, de manera general, en la siguiente gráfica:



Ilustración 6-Nota fuente propia

Así las cosas, en cumplimiento de los artículos 2.5.2.2.1.9 y 2.5.2.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, el monto de las reservas registradas en el pasivo de los estados financieros de las EPS no debería superar el monto de las inversiones reflejadas en el activo de los estados financieros. Lo anterior es importante, en la medida de que si por falta de liquidez, se constituyen las reservas técnicas, pero no se realizan las inversiones que las respaldan, los riesgos de la salud de los colombianos no estarían asegurados.

Solo para dimensionar uno de los problemas que contribuyen a la crisis por la cual está atravesando actualmente el SGSSS, específicamente por el rubro de las inversiones de las reservas técnicas, se trae a colación un dato suministrado en un informe de la Superintendencia Nacional de Salud¹¹¹, luego de un análisis de los estados financieros de las EPS con corte a 23 de junio de 2023, según el cual la reserva técnica registrada es de \$18.7 billones y las inversiones líquidas que la respaldan cierta y efectivamente ascienden a \$6.3 billones representados en inversiones líquidas¹¹².

Ahora bien, retornando al análisis del artículo 2.5.2.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, se observa que la facultad de escogencia del portafolio de inversiones por parte de las EPS está condicionada al cumplimiento de unos parámetros o requisitos y a unas restricciones en cuanto al porcentaje máximo de inversión para las distintas modalidades de inversión y a la calificación por parte de una sociedad calificadora de riesgos autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia para algunas inversiones, entre otras exigencias.

¹¹¹ «INFORME RESERVA TÉCNICA Y RÉGIMEN DE INVERSIONES DE LA RESERVA TÉCNICA». Fecha de presentación: 4 de Octubre de 2023.

¹¹² Fuente: <https://consultorsalud.com/wp-content/uploads/2023/11/Informe-reservas-tecnicas-corte-junio-2023-supersalud.pdf> (página 24)

Debe la Sala poner de presente la importancia del requisito general establecido en el numeral 1º del artículo 2.5.2.2.1.10, respecto a que las inversiones de las reservas técnicas tengan que ser de la más alta liquidez. Lo anterior, para que al momento de que se hagan exigibles las obligaciones, las EPS puedan redimir de forma célere las inversiones.

5.6. Conclusiones

Las reservas técnicas o provisiones, en el contexto del SGSSS, se encuentran respaldadas en un régimen de inversión, para dos destinaciones específicas, (i) la de provisionar y asegurar el pago ordinario de las obligaciones pendientes o vigentes, por la prestación de los servicios del Plan Básico de Salud (consultas, suministros de medicamentos, procedimientos etc..), de los planes complementarios y de las incapacidades por enfermedad general; y (ii) para cubrir pagos eventuales.

Como las reservas técnicas respaldadas en títulos valores, se hacen sobre cálculos estimados, bajo distintos métodos¹¹³ - unos más precisos que otros en razón a que para ese momento para la mayoría de las obligaciones no se cuenta con la factura del servicio prestado-, puede ocurrir una sobrevaloración o subvaloración de las reservas técnicas.

Las inversiones de las reservas técnicas o de las provisiones no están asociadas directamente a una o a varias obligaciones en particular. Se hacen sobre un cálculo global estimado o aproximado de las obligaciones. Si bien se realizan de forma periódica, la reglamentación analizada no condiciona su uso para una vigencia determinada.

A las EPS les corresponde realizar no solo los registros contables relacionados con las reservas técnicas, sino garantizar el flujo y la movilidad de los recursos para el pago a las IPS por la prestación de los servicios de salud causados. En ese sentido, las EPS están facultadas para hacer uso de las inversiones de las reservas técnicas únicamente para pagar los servicios de salud, sin necesidad de acto administrativo que lo autorice.

Lo anterior, en razón a que el artículo 7º del Decreto 2702 de 2014, incorporado en el artículo 2.5.2.2.1.9. del Decreto 1780 de 2016, dispone que las EPS tienen la obligación de calcular, constituir y mantener actualizadas mensualmente las reservas técnicas, las cuales deberán **acreditarse** ante la Superintendencia Nacional de Salud, sin que se haya facultado a dicha superintendencia para aprobar o autorizar el uso de tales recursos.

En este punto cabe resaltar que las EPS son las responsables de movilizar los recursos necesarios para el funcionamiento del SGSSS, con el fin de pagar oportunamente los servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato, de conformidad con

¹¹³ Valoración de las autorizaciones, de las facturas o mediante análisis de datos históricos.

el artículo 2.5.2.1.1.2. del Decreto 780 de 2016¹¹⁴. La Corte Constitucional en varias decisiones ha reconocido aquella facultad, por ejemplo, en la sentencia C-828 de 2021 dijo:

(...) Con la creación de las EPS y las ARS se busca homogenizar la operación y optimizar los beneficios que otorgan las entidades de seguridad social sin distinción entre los usuarios del régimen contributivo y los usuarios del régimen subsidiado. La prima media homogeniza el servicio. Para cumplir con este propósito de igualdad en la prestación del servicio de salud, la ley autorizó a las EPS para que asuman la responsabilidad de la afiliación de todos los habitantes del país al nuevo sistema, la **movilización de los recursos financieros del sistema** y el manejo de los riesgos de salud de los colombianos. (énfasis de la Sala)

Ahora bien, el Ministerio de Salud y Protección Social pregunta en la consulta, si hay necesidad de un acto administrativo para que las EPS puedan utilizar inversiones de las reservas técnicas para pagar obligaciones de vigencias distintas para las cuales fueron constituidas.

Como se observa, el Ministerio en el interrogante reconoce la facultad de las EPS para utilizar las inversiones de las reservas técnicas para pagar las obligaciones de servicios de salud, pero plantea la duda, sobre si también están facultadas, sin necesidad de la expedición de un acto administrativo, para pagar obligaciones de vigencias distintas para las cuales fueron constituidas.

En criterio de la Sala, hay varias razones para afirmar que las EPS sí pueden, sin necesidad de un acto administrativo, usar las inversiones para pagar aquellas obligaciones:

1. No hay prohibición, restricción o limitación en el uso de las inversiones de las reservas técnicas para no pagar obligaciones de salud de vigencias distintas para las cuales fueron constituidas. Salvo aquellas sobre las cuales haya operado la prescripción¹¹⁵, porque el Decreto 780 de 2016 (artículo 2.5.2.2.1.9.) obliga el uso de las reservas técnicas únicamente para obligaciones pendientes o vigentes.

¹¹⁴ ARTÍCULO 2.5.2.1.1.2. Responsabilidades de las Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud serán responsables de ejercer las siguientes funciones: (...) c). Movilizar los recursos para el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el recaudo de las cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía; girar los excedentes entre los recaudos, la cotización y el valor de la unidad de pago por capitación a dicho fondo, o cobrar la diferencia en caso de ser negativa; y pagar los servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato.

¹¹⁵ Sobre la prescripción de las obligaciones por servicios de salud se puede consultar la sentencia del 30 de enero de 2014 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No 25000-23-24-000-2007-00210-01 y el concepto núm. 2380 del 27 de noviembre de 2018 emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

2. Con el pago de dichas obligaciones no se viola la prohibición del artículo 48, inciso 5, de destinar o utilizar los recursos para fines diferentes a ellas, porque se estarían pagando igualmente servicios de salud autorizados por la ley.

3. Las reservas e inversiones se constituyen e invierten con base en una proyección de su cuantía de manera aproximada y no exacta. Entran a una única cuenta del activo de las EPS y se unen a las inversiones acumuladas en un fondo común, generan rendimientos financieros y se convierten en recursos disponibles para cuando se tengan que utilizar, es decir cuando se necesiten.

Bajo esa dinámica, no podría afirmarse que las inversiones de las reservas técnicas acumuladas respaldan únicamente unas obligaciones en particular o para las de una vigencia determinada. Como se dijo anteriormente, si bien se constituyen de forma periódica, la reglamentación analizada no condiciona su uso para una vigencia determinada.

Por el contrario, las EPS deben priorizar, en lo posible, el pago de la facturación más antigua¹¹⁶. Esa ha sido la directriz del Ministerio de Salud y Protección Social, por ejemplo, cuando se trata de imputar pagos frente a las deudas pendientes, vigentes y no prescritas. Al respecto, en la Resolución 2284 de 28 de diciembre de 2023, se lee:

Artículo 7. Aplicación del detalle de pagos. Cuando el prestador de servicios de salud proveedor de tecnologías en salud no informe la aplicación del detalle de los pagos en los plazos previstos en los artículos 2.5.3.4.5.1, 2.5.3.4.5.2 y 2.5.3.4.5.6 del Decreto 780 de 2016, según corresponda, se entenderá que el pago será aplicado a la factura de venta en salud más antigua que haya sido aceptada expresa o tácitamente, que se encuentre pendiente de pago y sobre la cual no haya operado la prescripción. (Subraya la Sala)

4. El servicio de salud es una actividad en marcha que no permite interrupciones, por eso el flujo de los recursos hacia los prestadores de servicios de salud no puede verse afectado por una omisión administrativa o financiera, por falta de constitución o inversión de la reserva en una vigencia determinada.

5. De conformidad con el Decreto Ley 1281 de 2002¹¹⁷ (artículo 7), los obligados al pago de los servicios de salud no pueden condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud. Esta disposición indica que «además de los requisitos legales, quienes estén

¹¹⁶ Resalta la Sala que, tratándose de obligaciones anteriores o de vigencias diferentes a las que fueron constituidas, las EPS podrían acudir, de manera supletoria, a lo dispuesto en el artículo 1655 del Código Civil, en tanto se refiere a la imputación de pagos, según el cual «Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere.»

¹¹⁷ «Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación».

obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios». Esto significa que el pago de los servicios de salud no puede estar condicionado a ningún trámite administrativo adicional por parte del Estado.

6. Las EPS como administradoras de los recursos de la salud tienen la facultad para realizar de manera responsable las operaciones financieras necesarias para asegurar la liquidez y no comprometer el pago sus obligaciones con los proveedores y prestadores de los servicios de salud.

Todos los anteriores argumentos se encuentran en consonancia con el principio de sostenibilidad consagrado en la Ley 1438 de 2011, el cual dispone que los recursos del SGSSS deben tener un flujo ágil y expedito y que la administración de los fondos no puede afectar el flujo de los recursos del mismo.

Ahora bien, es importante precisar que, si bien el Decreto 780 de 2016 no condiciona el uso de las inversiones para una vigencia determinada y no limita a las EPS realizar las gestiones y operaciones financieras sobre las inversiones de las reservas técnicas sin la intervención directa del Estado, no se puede soslayar las facultades de intervención con que cuenta la Superintendencia Nacional de Salud dentro del marco jurídico vigente.

Una de las facultades previstas es la del numeral 2 del artículo 2.5.2.2.1.9 del Decreto 780 de 2016 al que se hizo mención *supra*. Dicha norma determina que la Superintendencia puede ordenar la constitución de reservas cuando de su análisis y medición determine pérdidas probables, con el objetivo de garantizar la viabilidad financiera y económica. Asimismo, puede tomar medidas especiales o preventivas, y según el caso, aplicar medidas sancionatorias¹¹⁸, o incluso, intervenir de manera forzosa en la administración o liquidación de las EPS.

Asimismo, es deber de la Superintendencia Nacional de Salud intervenir a través de los mecanismos preventivos y sancionatorios de su competencia, de conformidad con el marco jurídico vigente.

6. La decisión de la Corte Constitucional en el Auto 007 de 2025

Sin perjuicio de lo ya expuesto, la Sala considera pertinente mencionar la orden emitida por la Corte Constitucional en el Auto 007 de 2025 respecto a las reservas técnicas, en la que dispuso un periodo de transición para rehacer dichas reservas, una vez se actualice el valor de la UPC. La implementación de este período de transición quedó a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, el cual, para la fecha de emisión de este concepto, no se ha ejecutado.

¹¹⁸ Artículo 2.5.2.3.5.1. del Decreto 780 de 2016.

El Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de la actuación que dio origen al Auto 007 de 2025, señaló que el régimen de inversión de las reservas técnicas no se cumple en un 100% desde el año 2014 y que por ello, emitió una resolución en ese año concediendo un plazo de siete años para que las EPS se pusieran al día, pero que eso no ocurrió. Asimismo, indicó que, en el año 2016, se otorgó otro plazo de diez años y que aún no se ha conseguido el índice esperado.

La Corte Constitucional consideró que los plazos concedidos no son suficientes, en razón a que se requería primero corregir las distorsiones y el rezago en el valor de la UPC, ante la relación directa que existe entre la insuficiencia de esta prima y el cumplimiento del régimen de las reservas técnicas. Argumentó lo siguiente:

(...) se observa que algunos actores de salud consideran que la insuficiencia de la UPC tiene efectos directos sobre los requisitos de habilitación financiera, como el incumplimiento de los requisitos de patrimonio adecuado y de inversión de reservas técnicas, así como la acumulación de deudas con prestadores, pues la prima, como se ha mencionado, financia en su mayoría los servicios y tecnologías en salud que se prestan al interior del sistema de salud. De esta manera, la Sala estima que, en efecto, si las EPS registran mayor gasto que ingresos, y deben optar entre prestar los servicios o guardar los dineros correspondientes a las reservas técnicas, al escoger la prestación para no perjudicar a los usuarios, necesariamente afectan estos dineros de las reservas y por consiguiente el cumplimiento de los requisitos de habilitación financiera.

143. La situación financiera descrita expone a las EPS a medidas administrativas por parte de la Superintendencia de Salud y pone en riesgo la protección de los afiliados. Ante el escenario expuesto, deben elegir entre la prestación de los servicios afectando su patrimonio o las reservas técnicas, y en muchas ocasiones, afectando estas dos cuando ya han agotado los recursos de una cuenta. Vale resaltar lo dicho por Acemi, según lo cual, “la experiencia del sector del aseguramiento se traduce en que las intervenciones para administrar no permiten la recuperación de las empresas, por el contrario, se precipita un deterioro aún mayor financiero y se agudizan los problemas de acceso a los servicios de salud, hasta que finalmente terminan siendo liquidadas, sin garantías para los acreedores”.

144. Si a pesar de los plazos otorgados a las EPS en varias ocasiones para cumplir con los requisitos de habilitación financiera, de la afectación de los patrimonios de estas entidades y de las reservas técnicas, las EPS manifiestan no estar en capacidad de continuar prestando los servicios, y se tiene que existe una relación directa entre la suficiencia de la UPC y el cumplimiento de estos requisitos de habilitación financiera, es menester que el MSPS reconsidere que en efecto, la insuficiencia de la UPC no está permitiendo a las EPS avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones como la constitución de las reservas técnicas.

Bajo esa argumentación, la Corte Constitucional en el Auto 007 del 23 de enero de 2025 ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social establecer «un periodo de transición para que, una vez reajustado el valor de la UPC, las EPS cuenten con un tiempo determinado para rehacer sus reservas técnicas».

7. Consideraciones finales

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emite el presente concepto reconociendo la existencia de un vacío jurídico sobre el uso de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) para vigencias anteriores, así como de la inversión de las reservas técnicas que forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

En ese orden, la respuesta que emite la Sala, a la consulta formulada por el Gobierno nacional, obedece a la interpretación jurídica que considera válida desde la perspectiva del derecho, y que se estima correcta, según el marco normativo vigente del SGSSS, en consideración estricta a la Constitución y a la ley.

Sin embargo, considerando que la operatividad del SGSSS depende de múltiples actores y de la toma de decisiones de variada índole, que involucran al Estado, a los particulares y a los organismos de control, y que lo ideal ante los vacíos jurídicos que se presentan, como en este caso, siempre es la acción efectiva del Legislador, evidentemente, este concepto no puede ser concebido como una solución, ni tampoco como un factor que favorezca la crisis estructural del sistema de salud, pues se trata específicamente de una respuesta, estricta, orientadora y objetiva, a las inquietudes presentadas por el Gobierno.

Bajo tales consideraciones, es pertinente recordar que el objetivo que se persigue con el pago de las obligaciones económicas de vigencias anteriores, que tienen las EPS, con los recursos de la UPC, es la continuidad de la prestación del servicio de salud y, por esa vía, la garantía del derecho fundamental a la salud. De manera tal que restricciones continuas en dichos pagos, según se alude, podría desencadenar una parálisis que resulte más gravosa para los ciudadanos y el sistema. Y en sentido contrario, su uso descuidado hacia el pasado podría poner en entredicho la financiación del pago de lo actual y futuro. Bajo esa óptica la respuesta que se dé, lastimosamente, se queda corta frente a las necesidades estructurales del sistema, y no ofrece soluciones definitivas al problema de la salud en el país.

Asimismo, el concepto que se emite en manera alguna implica que la Sala valide la desatención de obligaciones o prestaciones presentes, ni mucho menos la desestimación de los riesgos identificados y cubiertos por la UPC en la respectiva anualidad. En este sentido, este concepto no controvierte las decisiones emitidas por la Corte Constitucional.

Por consiguiente, sin perjuicio de la respuesta que se emita mediante el presente concepto, resulta importante hacer énfasis en que un mal uso de los recursos para vigencias anteriores tiene el potencial de desfinanciar, aún más, el sistema de salud e

imposibilitar el cumplimiento del pago de las obligaciones. En ese orden, mediante el presente pronunciamiento, la Sala hace un fuerte llamado a los diferentes actores que intervienen en el SGSSS, para que, desde cada uno de los roles que asumen dentro de la infraestructura del servicio de salud, promuevan y garanticen el adecuado uso de los recursos del sistema e implementen los mecanismos idóneos y efectivos, para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los usuarios activos del sistema.

En mérito de lo expuesto, la Sala

IV. RESPONDE

1. ¿El principio de anualidad presupuestal es aplicable a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación?.

No. El principio de anualidad presupuestal no es aplicable a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), pues no hacen parte del presupuesto general de la Nación, ya que el Legislador no los ha incluido expresamente. Además, son recursos parafiscales que tienen una destinación específica.

2. Teniendo en cuenta que la fijación de la UPC es anual ¿Existe la obligación para que la radicación de la facturación por parte de las IPS se realice dentro de la vigencia en la cual fue determinada la UPC?.

No. La radicación de la facturación no está condicionada o asociada a la anualidad o vigencia de la UPC. Debe hacerse en el instante en que las modalidades de pago acordadas entre los prestadores de servicios de salud y los proveedores de tecnologías en salud lo permitan, y, por disposición de la ley, a partir del cumplimiento del servicio de salud, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente.

3. ¿En caso de que no le sea aplicable el principio de anualidad a la UPC, las EPS están facultadas para realizar pagos de cartera por prestación de servicios de salud de vigencias anteriores haciendo uso de la Unidad de Pago por Capitación que fue calculada y reconocida para una anualidad diferente?.

Sí. De conformidad con la respuesta a la primera pregunta, las EPS, en tanto no están sujetas al principio de anualidad presupuestal, están facultadas para realizar pagos de cartera por prestación de servicios de salud de vigencias anteriores haciendo uso de la Unidad de Pago por Capitación que fue calculada y reconocida para una anualidad diferente, siempre que se mantenga la continuidad del servicio, en garantía del derecho fundamental a la salud, las obligaciones no hayan prescrito y el pago se sujete a los principios de eficiencia, oportunidad y conveniencia, del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es deber y responsabilidad de las EPS, conforme sus flujos de caja y su situación financiera y operativa, evaluar, ponderar y decidir la mejor alternativa posible para la destinación de los recursos, en aras de no hacer más gravosa su situación financiera, así como de evitar la paralización o interrupción del servicio, preservando el fin esencial de brindar atención efectiva en garantía del derecho fundamental a la salud.

4. ¿Las EPS están facultadas para utilizar las inversiones de las reservas técnicas para pagar obligaciones de vigencias distintas para las cuales fueron constituidas sin que se autorice mediante la expedición de un acto administrativo?.

Sí. Las EPS pueden, sin necesidad de acto administrativo que lo autorice, utilizar las inversiones de las reservas técnicas para pagar obligaciones de servicios de salud de vigencias distintas para las cuales fueron constituidas, siempre y cuando sobre ellas no haya operado la prescripción. Lo anterior, sin perjuicio de la observancia de la regulación vigente sobre la materia y del deber de la Superintendencia Nacional de Salud de intervenir, a través de los mecanismos preventivos y sancionatorios que son de su competencia, de conformidad con el marco jurídico vigente.

Remítase al Ministerio de Salud y Protección Social y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA

Presidenta de la Sala

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN

Consejera de Estado

JUAN MANUEL LAVERDE ALVAREZ

Consejero de Estado

JOHN JAIRO MORALES ALZATE

Consejero de Estado

LEIDI CAROLINA HUASCA ARANA

Secretaria de la Sala