

Marco regulatorio de los recursos públicos que constituyen el Sistema de Seguridad Social en Salud y la problemática fiscal frente al uso de los denominados gastos administrativos

Juliana Martínez Bermeo¹

Resumen

Este artículo explica cómo funciona el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y el manejo de los recursos públicos administrados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS). Para tal efecto, estudia el marco normativo que rige el SGSSS y que determina los diferentes recursos que ingresan a las EPS para su administración, su destinación y la problemática actual en el sistema de salud que surgió por los cuestionamientos efectuados por la Contraloría General de la República, dados los malos manejos y desvíos de los recursos públicos para la adquisición de activos fijos y reportados con cargo a los gastos de administración.

Palabras clave: salud, seguridad social, EPS, recursos públicos, gastos administrativos.

Abstract

This article explains how the General Health and Social Security System works and the management of public resources administered by the Health Promotion Entities (EPS). For such effect, it studies the framework that rule the SGSSS and determines the different resources incoming in the EPS for their administration,

¹ Abogada de la Universidad del Rosario con maestría en Derecho en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Magistrada auxiliar y secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado durante más de 10 años y juez administrativo. Directora General de la Unidad Administrativa especial del orden nacional (USPEC); directora de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República por más de dos años y posteriormente Contralora Delegada Intersectorial de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción durante 6 años. Actualmente, consultora y asesora de entidades públicas, así como litigante en materia de contratación estatal y responsabilidad fiscal. Email: julmabe@gmail.com.

their destination and the current problematic in the health system questioned by the General Comptroller of the Republic, given the mismanagement and rerouting of public resources for the acquisition fixed assets, reported as a percentage of administration expenses.

Key words: health, social security, EPS, public resources, administrative expenses.

Sumario. Introducción. I. El régimen constitucional y legal del SGSSS. II. La naturaleza y destinación de los recursos públicos en salud. III. Los gastos administrativos de las EPS. IV. El servicio de aseguramiento en salud. V. El rol de la Administradora de Recursos del SGSSS-ADRES. VI. El cuestionamiento de la Contraloría General de la República a las EPS por el manejo de los recursos del SGSSS -caso SALUDCOOP-. VII. Uso de los recursos del SGSSS, de los gastos de administración y de los recursos propios de las EPS. Conclusiones.

Introducción

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en Colombia nació a partir de la Ley 100 de 1993. Esta norma creó el Sistema General de la Seguridad Social Integral, conformado por 4 subsistemas: pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios, que empezó su implementación en enero de 1995.

El sistema tiene como finalidad regular el servicio público esencial de salud y crear las condiciones de acceso para toda la población residente en el país. Para ello, reúne de manera articulada instituciones públicas y privadas, normas, políticas y procedimientos para mejorar la salud de la población, garantizar la cobertura de las prestaciones y permitir una calidad de vida acorde con la dignidad humana.

En el país, según el Grupo de Economía de Salud de la Universidad de Antioquia (s.f.), se estableció la meta de garantizar el acceso a los servicios de salud

con un plan de beneficios igual para toda la población. Este plan, conocido inicialmente como el POS y actualmente como el Plan de Beneficios en Salud (PBS), conllevó la creación de un mecanismo para hacer explícito el conjunto de servicios y tecnologías a los que podría acceder la población según el régimen de afiliación (contributivo o subsidiado). No obstante, a partir de la Ley Estatutaria de Salud o Ley 1751 de 2015 se dio paso a un plan implícito, de manera que todo lo que no estaba excluido expresamente se entiende cubierto por el PBS.

En la actualidad los órganos de control han cuestionado el manejo de los recursos públicos que administran las EPS, los cuales son asignados y distribuidos a estas según el número de afiliados, a través de lo que se conoce como la Unidad de Pago por Capitación (UPC), que corresponde al valor anual que se reconoce² por cada uno de los afiliados al sistema para cubrir las prestaciones del POS³, en los regímenes contributivo y subsidiado.

Precisamente por el mal manejo o mala administración de los recursos públicos en salud, el gobierno nacional ha propuesto reformas al SGSSS. Es así como resulta necesario, por el interés de todos los usuarios del Sistema, conocer cómo funciona, cuál es la destinación de los recursos públicos asignados por medio de la UPC y que administran las EPS, así como el cuestionamiento de los órganos de control al manejo de estos recursos por parte de las EPS.

Para tal efecto, este artículo parte del análisis de las normas constitucionales y legales que regulan el SGSSS en Colombia y el desarrollo jurisprudencial relevante de los recursos del Sistema, con el fin de revisar los cuestionamientos puntuales realizados por la Contraloría General de la República, que se concentran en el manejo de los recursos públicos asignados y manejados por las EPS,

² Lo reconocía el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

³ “(...) Conjunto de actividades, procedimiento, intervenciones y medicamentos para la atención en salud, que puede verse como el producto final que obtiene el usuario” (Restrepo D.A., López L.E., 2012, p. 292).

específicamente en el porcentaje que pueden destinar para sus gastos de administración.

Finalmente, se mostrarán los resultados del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República en el caso de SALUDCOOP, que desencadenó una serie de investigaciones por estos hechos frente a otras EPS.

I. El régimen constitucional y legal del SGSSS

El artículo 48⁴ de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social integral, que abarca el SGSSS, creado por la Ley 100 de 1993, cuyos recursos tienen destinación específica⁵ y, por lo tanto, no se pueden utilizar para fines diferentes a los previstos para la seguridad social.

Por su parte, el artículo 49⁶ constitucional, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, establece la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado y garantiza el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, el cual puede ser prestado por particulares bajo la regulación, vigilancia y control del Estado.

⁴ "(...) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. // El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. // La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. // No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella (...)"

⁵ Ley 100 de 1993. "**Artículo 9. Destinación de los recursos.** No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella".

⁶ "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. // Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. // La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. // Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad".

En desarrollo de tales mandatos constitucionales, la Ley 100 de 1993 determinó los recursos que integran el SGSSS⁷, así:

- Cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo, recaudadas por las EPS.
- Pagos moderadores.
- Parte del Sistema General de Participaciones (SGP).
- Recursos producto del monopolio de juegos de suerte y azar.
- Recursos propios de las entidades territoriales.
- Sanciones por inasistencia a citas.
- Reembolsos derivados de accidentes de tránsito.
- Atención de enfermedades de origen profesional o accidentes laborales.
- UPC que se reconoce a los regímenes contributivo y subsidiado.

Entonces, con la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera coordinada una serie de entidades, normas y procedimientos de acceso a la comunidad para garantizar el acceso al derecho a la salud. Para ello, definió un entramado de instituciones del sector público y privado, para asegurar y prestar eficientemente el servicio público.

Así, el SGSSS está integrado para su funcionamiento de la siguiente forma: (i) El Estado, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, quien actúa como organismo de coordinación, dirección y control; (ii) las Entidades Promotoras de Salud (EPS), responsables de la afiliación y el recaudo de las cotizaciones y de garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) a los afiliados; y las instituciones prestadores de salud (IPS), que son los hospitales, clínicas y laboratorios, entre otros, encargadas de prestar la atención a los

⁷ “Los recursos se concentran en un fondo único nacional (hoy ADRES) y se destina cerca del 91% de los recursos del sistema para garantizar a los afiliados la prestación de los servicios contenidos en el PBS, y para ello se reconoce la UPC a las empresas promotoras de salud (EPS)”, de acuerdo con el Observador del GES N°18: Evolución del Plan de Beneficios en Salud en Colombia.

usuarios. También, hacen parte del sistema las Entidades Territoriales y la Superintendencia Nacional de Salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 11-12).

De acuerdo con Mendieta González, D., & Jaramillo, C. E. (2019, p. 204), el derecho a la salud se busca garantizar a través de un sistema de aseguramiento integrado por el Estado, con el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia de Salud, los entes territoriales (departamentos y municipios); y las aseguradoras, que se denominan Entidades Administradoras de Planes de Beneficios en Salud (EAPB), dentro de las cuales están las EPS y las Instituciones Prestadoras del Servicio (IPS). El SGSSS lo conforman tres componentes: el Régimen Contributivo, para los que tienen capacidad de pago; el Régimen Subsidiado, para los que no tienen capacidad de pago; y los Regímenes Especiales, para los empleados de algunas entidades del Estado.

Bajo ese andamiaje y con el propósito de desarrollar un SGSSS equitativo y financieramente equilibrado, se puso en marcha un sistema basado en un esquema de mercado estructurado a través de la competencia regulada, por medio de instrumentos como el POS y la UPC (Restrepo D.A., López L.E., 2012, p. 293).

II. La naturaleza y destinación de los recursos públicos en salud

Los recursos que reciben las EPS del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre ellos la UPC, tienen como fin la financiación del cumplimiento de las funciones a su cargo, tales como la prestación directa o indirecta⁸ del entonces

⁸ Ley 100 de 1993. “**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. // Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio”.

denominado Plan de Salud Obligatorio (POS) a sus afiliados⁹ -hoy Plan de Beneficios en Salud- y el aseguramiento, que implica *“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 de la prestación de los servicios de salud”*¹⁰, entre otros, siendo recursos públicos dada su naturaleza de contribución parafiscal¹¹, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional¹² en varias oportunidades, en las cuales ha destacado su destinación específica.

Al respecto, el Consejo de Estado, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, así lo ha señalado en los siguientes términos:

⁹ Ley 100 de 1993. **“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. <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”.

¹⁰ Ley 1122 de 2007. **“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. // A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación: (...) f) El valor total de la UPC del Régimen Subsidiado será entregado a las EPS del régimen subsidiado. Las actividades propias del POS subsidiado incluidas las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las EPS del Régimen Subsidiado (...).”

¹¹ El artículo 182 de la Ley 100 de 1993 dispone el reconocimiento a cada EPS del valor de la UPC, correspondiente al valor requerido para cubrir la prestación del servicio de salud en los regímenes contributivo y subsidiado, que no corresponde a recursos o rentas propias de dichas EPS, sino a recursos parafiscales.

¹² Sentencias SU-480 de 1997, C-1489 de 2000, C-828 de 2001, C-1040 de 2003, C-824 de 2004 y C-262 de 2013, entre otras.

“(…) los recursos de la seguridad social llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones no pueden ser utilizados con fines diferentes a los que están destinados, de donde se deriva su carácter de recursos parafiscales, por lo cual tampoco pueden ser objeto del giro ordinario de los negocios de las EPS, ni formar parte de los bienes de tales entidades (...) a partir de los criterios jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional y por esta Corporación que, con fundamento en el artículo 48 de la Carta, han precisado que los rubros de la seguridad social son inviolables, mandato que ha sido denominado como ‘principio de exclusividad’, en atención a que es imperativo que los mismos se destinen únicamente a atender los servicios del POS y, por tanto, no pueden formar parte de los ingresos propios de las entidades administradoras de los mismos, ni éstas pueden emplearlos libremente (...)”¹³.

Entonces, como el Estado regula, controla y vigila el servicio que prestan las Entidades Promotoras de Salud (EPS), estas deben someterse a las reglas para la administración de los recursos que reciben del SGSSS, siendo una de ellas respetar y atender el límite reconocido por la ley por conceptos de gastos administrativos.

III. Los gastos administrativos de las EPS

El artículo 23¹⁴ de la Ley 1438 de 2011, declarado exequible por la Corte

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 10 de julio de 2014, exp. 2008-00385-00, MP Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁴ Ley 1438 de 2011. “**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 casual 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. // **PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el

Constitucional en la sentencia C-262 de 2013, prohíbe el uso de los recursos destinados para la salud para la adquisición de activos fijos o para el desarrollo de actividades diferentes a la prestación del servicio de salud.

En la mencionada sentencia, la Corte precisó que: (i) el Gobierno Nacional debía fijar el porcentaje de los gastos de administración de las EPS con fundamento en “criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros, y criterios técnicos”, sin que dicho porcentaje superara el 10% de la UPC; (ii) las EPS tenían prohibido exceder el porcentaje de gastos de administración que fijara el Gobierno Nacional, so pena de sanción, consistente en constituir una causal de intervención; y (iii) las EPS de cualquiera de los dos regímenes -subsidiario o contributivo- tenían prohibido adquirir activos fijos o financiar actividades diferentes a la prestación de los servicios de salud con los recursos destinados específicamente para la atención en salud. Es decir, que *“los dineros específicamente dirigidos a financiar servicios de salud, una vez excluidos los gastos administrativos, cuyo porcentaje debe ser fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con el inciso primero y en todo caso no pueden superar el 10% de la UPC, como una de las fuentes de financiación de las EPS”*.

Resulta importante destacar que ya la Corte se había pronunciado sobre la prohibición de utilizar los recursos del SGSSS en actividades diferentes al aseguramiento de los servicios de salud. En la sentencia C-824 de 2004 precisó que los gastos administrativos de las EPS que no guardaran relación con el servicio de aseguramiento en salud, no podían ser imputados a los recursos del Sistema, sino a la fuente de recursos propios originada en las actividades de operación, financiación e inversión. Asimismo, que los gastos administrativos causados por la operación de cada una de las IPS de propiedad de las EPS, debían imputarse a los ingresos propios de cada una de las IPS.

Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.”

Sin embargo, de acuerdo con Agudelo, Carlos *et al.* (2011, p. 2818): “Quizás los actores más complicados son las EPS, instituciones de naturaleza pública o privada, con o sin ánimo de lucro. Pueden operar como instituciones aseguradoras, administradoras y como agencia, en defensa del usuario. Por lo general, operan como entidades aseguradoras y con frecuencia su papel es poco transparente. No ha sido posible establecer de manera precisa su margen de rentabilidad, cuando se trata de entidades con ánimo de lucro”.

Por ello, cabe destacar que la parafiscalidad, entendida como la manifestación de la gestión de recursos públicos por parte de las organizaciones privadas, obliga a la separación del patrimonio y de los recursos propios de estas, respecto de los recursos públicos cuyo destino específico consiste en servicio de aseguramiento en salud. En otras palabras, las organizaciones privadas, con o sin ánimo de lucro, como administradoras de los recursos parafiscales tienen prohibido apalancar recursos públicos para provecho o beneficio propio o de un tercero, por lo que se requiere la separación entre su patrimonio propio y los recursos públicos que administra, por lo que cualquier daño patrimonial al Estado por la desviación de los recursos que administran, deberá ser resarcido con su propio patrimonio.

Por lo tanto, la gestión fiscal de los recursos parafiscales exige que la destinación de los mismos sea exclusivamente para las actividades previstas en la Ley que los crea y regula, sin posibilidad alguna de mezclar patrimonios o materializar figuras o instrumentos de aprovechamiento o apropiación de los mismos para otros fines diferentes.

IV. El servicio de aseguramiento en salud

Como se indicó en líneas precedentes, el objetivo de las EPS consiste en la prestación del servicio de aseguramiento en salud, para lo cual específicamente deben cumplir las siguientes obligaciones:

- Afiliar a los usuarios al Sistema.
- Garantizar la prestación de los servicios de salud (Plan Integral de Protección Social en Salud, hoy Plan de Beneficios en Salud y antes Plan Obligatorio de Salud).
- Prestar directamente los servicios de salud a través de sus propias IPS o indirectamente mediante contratos con IPS.
- Registrar afiliados.
- Recaudar las cotizaciones de los afiliados.
- Organizar y garantizar la prestación al Plan de Beneficios en Salud a los afiliados.
- Girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de los afiliados y el valor de la UPC al ADRES, antes FOSYGA.

Se tiene por tanto que el servicio de aseguramiento en salud, definido en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, 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 demás actores, sin perjuicio de la autonomía del usuario. Este es el objeto para el cual fueron creadas legalmente las EPS, independientemente de su naturaleza jurídica, pues únicamente están habilitadas para el aseguramiento obligatorio en salud de los afiliados al Sistema mediante la organización y garantía de la prestación del Plan de Beneficios en Salud, tal como se establece en el artículo 181 de la Ley 100 de 1993.

En ese entendido, la UPC constituye la garantía de que todos los usuarios reciban el plan de beneficios en salud, la cual es financiada con las cotizaciones de los empleadores y trabajadores dependientes, independientes y pensionados, y constituye la principal fuente de ingresos de las EPS, que deben manejarla en

una cuenta diferente e independiente del resto de rentas y bienes de la entidad, tal como lo ordena el artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

V. El rol de la Administradora de Recursos del SGSSS-ADRES

Sin desmedro de lo anterior, hay otros recursos del SGSSS que son administrados por la ADRES y reconocidos a las EPS y a las IPS. Esos recursos son los siguientes:

- Pago de incapacidades por enfermedad general de los afiliados cotizantes.
- Recursos para actividades de promoción de la salud y previsión de enfermedades de los afiliados al régimen contributivo.
- Recursos para cubrir recobros presentados por las EPS por la prestación de los servicios de salud no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados mediante fallos de tutela.
- Recursos para cubrir reclamaciones con cargo a la subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito de la ADRES.

El ordenamiento jurídico asignó a la ADRES la función de administrar, reconocer y transferir a las EPS los recursos del SGSSS que, se reitera, tienen destinación específica, consistente en cubrir el aseguramiento en salud de los regímenes contributivo y subsidiado. Esos recursos administrados por la ADRES, así como los recursos recaudados y manejados por la EPS (cotizaciones de los afiliados), son recursos del SGSSS que no pertenecen a las EPS, ni hacen parte de su patrimonio, independientemente de la autorización legal al ADRES para que realice cruce de cuentas entre los dineros que se deben reconocer a las EPS para garantizar los servicios de salud.

Se reitera entonces la naturaleza parafiscal¹⁵ y pública de los recursos que recaudan las EPS y con los cuales se cubre o financia la UPC, que tienen destinación específica. En otras palabras, los recursos de la UPC no son rentas propias de las EPS, así sean reconocidos por la ADRES para ser transferidos o apropiados por aquellas, precisamente porque solo pueden ser utilizados para cubrir el aseguramiento en salud de sus afiliados. Por tanto, las EPS actúan como meros recaudadores de recursos públicos, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia SU-480 de 1997, reiterada en la sentencia T-696 de 2000, que también señaló en esa misma providencia que las cotizaciones recaudadas por las EPS destinadas a cubrir la UPC, no podían ser consideradas rentas propias ni siquiera después de ser liquidadas y reconocidas por la ADRES.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el tema en la misma línea, destacando que los girados por concepto de UPS no pueden emplearse en actividades distintas a la prestación de los servicios de salud para los afiliados. Así, en sentencia de 10 de julio de 2004, explicó que:

“Dada la naturaleza pública y parafiscal de dichos recursos [UPC], 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 actividades dirigidas esencialmente a la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados y su administración, constituyéndose en irregular el uso 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 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 en salud, el aumento del capital generado con recursos que provengan del incremento en los aportes, donaciones o cualquier otra fuente de ingresos legal distinta a la UPC, pueden las EPS, ejecutar inversiones, construir reservas o en

¹⁵ Ley 1687 de 2013, artículo 81

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”¹⁶.

Igualmente, en el concepto 2461 del 20 de mayo de 2021, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado reafirmó la naturaleza parafiscal y pública de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluso cuando las EPS que los administraban entraban en liquidación, en tanto no podían ser objeto de la masa de créditos¹⁷.

Sin embargo, como lo reconoce Rivera Triviño, A. F. (2015, p. 112), aunque la Ley 100 creó las EPS para garantizar la salud de los usuarios, la herramienta de la capitación las hizo realmente intermediarias entre los verdaderos prestadores de salud y los usuarios del sistema, con lo que se ha favorecido las defraudaciones y los malos manejos administrativos en las EPS y en los prestadores. Esto, en total contravía del ordenamiento jurídico y del interés general de la población.

VI. El cuestionamiento de la Contraloría General de la República a las EPS por el manejo de los recursos del SGSSS -caso SALUDCOOP-

La Contraloría General de la República (CGR)¹⁸ adelantó el proceso de responsabilidad fiscal sobre el manejo de los recursos del SGSSS por parte de la EPS SALUDCOOP, el cual finalizó con fallo de responsabilidad fiscal y cuya

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, radicado No. 11001-03-24-000-2008-00385-00, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁷ Se sostuvo que “...la obligación impuesta al agente liquidador de las EPS, en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, de cubrir los recursos adeudados al FOSYGA, hoy ADRES, antes de aplicar la prelación de créditos sobre la masa liquidatoria, tiene su razón de ser en la naturaleza especial atribuida a los recursos del SGSSS y la exigencia de restituir estos recursos al Sistema, antes de aplicar la prelación de créditos, de tal manera que no puedan ser destinados ni utilizados para fines diferentes a los cuales fueron destinados”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2461 de 20 de mayo de 2021, rad. 11001-03-06-000-2021-00019-00, C.P. Edgar González López.

¹⁸ Contraloría General de la República, Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, CD 10, PRF 010-2011, CDI Maribel Cavanzo Puerto.

legalidad se demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al estudiar la legalidad de los actos administrativos que declararon la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales en ese caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁹, en primera instancia, reiteró la tesis expuesta por la CGR, en el sentido de que si bien las EPS pueden prestar directamente la totalidad de los servicios de salud del Plan de Beneficios en Salud mediante su propia red (esquema económico de integración vertical), lo cierto es que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 181 y 182 de la Ley 100 de 1993, las IPS de propiedad de las EPS tienen autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación, por lo que las EPS deben manejar los recursos de la segunda sociedad originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema, en cuentas independientes del resto de rentas y bienes.

Asimismo, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007²⁰ las EPS no pueden contratar con sus propias IPS, ya sea directamente o a través de terceros, más del 30% del valor total de los gastos, prohibición avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1041 de 2007. Adicionalmente, resulta oportuno recordar que los gastos administrativos causados por la operación de cada una de las IPS de propiedad de las EPS, deben imputarse a los ingresos propios de cada una de las IPS, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2004.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera A, sentencia de 10 de abril de 2019, rad. 25000-23-24- 000-2017-00885-00, MP Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

²⁰ Ley 1122 de 2007. “**Artículo 15. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante.** Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. // El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud. // Dese un período de transición de un (1) año para aquellas EPS que sobrepasen el 30% de que trata el presente artículo para que se ajusten a este porcentaje. // **Parágrafo.** Las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público”.

Entonces, como lo explicó el órgano de control en el caso SALUDCOOP, la contratación directa de las EPS con su red propia de servicios para prestar el Plan de Beneficios en Salud con cargo al SGSSS no está prohibida de forma absoluta, pero lo que no está permitido es que las EPS financien directamente los gastos administrativos generados por su propia red, ni sus inversiones en infraestructura o equipo médico-científico, ni incurran en costos de financiación más allá de lo que permite la Constitución Política y la Ley.

Por consiguiente, la transferencia de los recursos del SGSSS por parte de las EPS a su propia red prestadora de servicios de salud, solo puede ser para el pago de las facturas de la prestación de los servicios en salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y no para la adquisición de activos fijos de sus IPS o para actividades que no están asociados con el servicio de aseguramiento, tal como lo concluyó el Consejo de Estado²¹ al pronunciarse en segunda instancia dentro del caso SALUDCOOP.

En esa oportunidad, SALUDCOOP realizó una utilización indebida de los “recursos parafiscales en actividades distintas al aseguramiento en salud”, pues con dichos recursos pagó anticipos a contratos de obra que había celebrado, promesas de compraventa e, incluso, los utilizó para desarrollar proyectos de infraestructura propia, para la adquisición de planta y equipos. Además, realizó inversiones permanentes y los utilizó en cargos diferidos, conceptos que no se encuentran asociados ni tienen relación alguna con la prestación del servicio de aseguramiento en salud.

Lo anterior cobra mayor sustento si se recuerda la naturaleza parafiscal y pública de los recursos del Sistema, tal como lo destacó la Corte Constitucional en

²¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 12 de noviembre de 2020, rad. 25000-23-41-000-2014-01455-01, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

la sentencia SU-480 de 1997, al afirmar 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 SGSSS, es, pues, una contribución parafiscal”*.

Ahora, los recursos del SGSSS tienen un ciclo, que es anual, con corte a 31 de diciembre de cada año y que se ve reflejado en los estados financieros de las EPS. Así, al cierre de cada ejercicio las EPS realizan un corte de cuentas y solo hasta ese momento, al finalizar ese ciclo, se puede determinar la existencia, o no, de excedentes o de beneficios neto o de pérdidas durante el ejercicio de la gestión fiscal de los recursos del Sistema, es decir, solo hasta el final de cada año fiscal (ciclo), se puede conocer si las EPS obtuvieron ganancias o pérdidas²².

Se tiene por tanto que las EPS no pueden incumplir la obligación de garantizar la prestación de los servicios de aseguramiento en salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, acudiendo a la práctica generalizada y sistemática de no pagar oportunamente los servicios de salud facturados por los proveedores ajenos a su red propia, con el propósito de financiar gastos, inversiones y costos que debían ser atendidos con recursos propios o, en su defecto, con el porcentaje de los gastos de administración autorizado por la Ley.

VII. Uso de los recursos del SGSSS, de los gastos de administración y de los recursos propios de las EPS

Atendiendo el precedente constitucional establecido en la sentencia SU-480 de 1997, los recursos que recaudan las EPS para financiar la operación y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios en Salud no les pertenecen ni pueden confundirse con el patrimonio de las EPS. No son

²² Contraloría General de la República, Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, CD 10, PRF 010- 2011, CDI Maribel Cavanzo Puerto.

apropiables hasta tanto se agote a cabalidad el ciclo previsto en la regulación estatal a nivel legal y reglamentario para cumplir con las funciones a cargo de las EPS.

En otras palabras, no es aceptable dejar de pagar cuentas a los proveedores de salud para apalancarse en los recursos del SGSSS con el fin de acrecentar su patrimonio a través de la adquisición de activos fijos, pues el rompimiento del ciclo previsto para el uso y destinación específica de los recursos del Sistema, produciendo beneficios para la EPS, sus directivos y/o administradores, implica la extracción de los recursos del Sistema para fines diferentes al ciclo al cual deben aplicarse, tal como lo explicó la Corte Constitucional en las sentencias C-655 de 2003 y C-824 de 2004.

Por su parte, las EPS pueden generar sus propios recursos²³, producto de sus ganancias, de los contratos de medicina prepagada, publicidad, por ejemplo, que no tienen destinación específica. Adicionalmente, las EPS pueden contar con los excedentes o el beneficio neto si así llegara a resultar al final del ejercicio fiscal con corte a 31 de diciembre de cada año (y no antes), pues como lo explicó la Contraloría General de la República en el caso SALUDCOOP con apoyo en la sentencia C-262 de 2013 de la Corte Constitucional, las EPS pueden obtener ganancias al final de cada ejercicio anual como resultado operacional, una vez agotado el ciclo de los recursos del Sistema, que se reitera, son parafiscales y se encuentran destinados al aseguramiento de los servicios del Plan de Beneficios en Salud y a los gastos administrativos y operativos relacionados con el gasto médico.

Como se observa, los recursos propios de las EPS no pueden confundirse con los recursos del SGSSS²⁴ dentro de los cuales, cabe precisar, también se encuentran aquellos obtenidos por las EPS por concepto de recobros ante el

²³ Corte Constitucional, sentencia SU-480 de 1997, reiterada en la sentencia T-760 de 2008.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de octubre de 2007, rad. 2003-00435-01, CP Martha Sofía Sanz Tobón.

ADRES (antes FOSYGA) por la prestación de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, literal j) de la Ley 1122 de 2007 y con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-480 de 1997. Entonces, cuando la prestación de los servicios NO POS se financian con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los recobros efectuados por los costos NO POS deben ingresar a la EPS a cumplir el ciclo para el cual estaban destinados, esto es, para financiar los costos de atención en salud del POS y los gastos administrativos relacionados con el servicio de aseguramiento en salud.

Por lo tanto, si bien esos recursos que ingresan a las EPS por concepto de recobros pueden registrarse contablemente como ingresos no operacionales, lo cierto es que las notas a los estados financieros deben advertir que no se pueden afectar los costos de un periodo con la recuperación de los mismos en periodos subsiguientes, por lo que no pueden ingresar como si se tratara de recursos propios²⁵. En otros términos, los hechos económicos registrados por las EPS como recobros por ingresos no operacionales, no pueden ser sustraídos del Sistema para ser apropiados e incorporados a su patrimonio privado.

Cabe destacar que las condiciones y limitantes establecidas en la Ley y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el manejo de los gastos de administración por parte de las EPS y, específicamente para la adquisición de activos fijos con cargo a dicho porcentaje, tuvo por objeto evitar el desvío de los recursos del SGSSS que se venía presentando por las malas prácticas de las EPS, tal como se explicó en la sentencia C-262 de 2013.

Es por eso que con fundamento en todo lo anterior la Corte Constitucional permitió la adquisición de activos fijos por parte de las EPS con el porcentaje de

²⁵ Contraloría General de la República, Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, CD 10, PRF 010- 2011, CDI Maribel Cavanzo Puerto.

los gastos de administración, pero esa autorización quedó limitada a que los activos fijos fueran necesarios, a que no se afectara el derecho fundamental de los usuarios a obtener servicios de calidad, oportuna y eficientemente y a que estuvieran relacionados con el servicio de aseguramiento en salud, que es el principal objeto de las EPS.

Conclusiones

En línea con lo que se ha dejado expuesto, el fin del marco regulatorio que rige el SGSSS ha buscado siempre garantizar la prestación de los servicios de aseguramiento en salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud para toda la población, pese a las dificultades que se han encontrado en su implementación.

Por ello, es de recordar que los recursos recaudados por las EPS para la prestación de los servicios de salud son parafiscales y tienen esa destinación específica, por lo que no pueden confundirse con su patrimonio propio, razón por la cual deben manejarse de forma independiente. Tampoco pueden ser apropiados e incorporados al patrimonio los recursos que ingresan a las EPS por la prestación de los servicios NO POS o no incluidos en el plan de beneficios en salud, y registrados como recobros por ingresos no operacionales.

También, es de señalar que las EPS no pueden abstenerse a pagar las cuentas de sus proveedores en salud, con el fin de apalancarse en los recursos públicos y parafiscales del SGSSS que solo administran, para la adquisición de activos fijos y, por consiguiente, para incrementar su patrimonio en beneficio de sus directivos.

Sin embargo, las EPS sí pueden obtener ganancias propias y generar recursos a través de los ingresos que obtengan producto de los contratos de medicina prepagada o publicidad, por cuanto esos recursos que perciben por tales conceptos no tienen destinación específica. Igualmente, de sus excedentes que

resulten al final de la vigencia fiscal, esto es, con corte a 31 de diciembre de cada año, pero solo cuando se agota el ciclo de los recursos del SGSSS.

Finalmente, las condiciones y limitantes para el manejo de los gastos de administración por parte de las EPS, especialmente para la adquisición de activos fijos con cargo a dicho porcentaje, pretendió evitar el desvío de los recursos del SGSSS por las malas prácticas de las EPS. Pese a ello, es claro que pueden adquirir activos fijos con cargo a los gastos de administración, pero únicamente dentro del porcentaje autorizado por la ley y solo cuando resulten necesarios y se encuentren asociados a la prestación del servicio de aseguramiento de la seguridad social en salud.

Bibliografía

- Agudelo, Carlos *et al.* (2011). El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6): 2817-2828. Consultado en: <https://www.scielo.br/j/csc/a/WxXD3vNTGZqz7qnZ6GcSfFt/?format=pdf>.
- GES, Grupo de Economía de la Salud. (s.f). Boletín Evolución del Plan de Beneficios en Salud en Colombia, N°18 (Universidad de Antioquia. Centro de Investigaciones Económicas.). Consultado en: <https://gesudea.co/evolucion-del-plan-de-beneficios-en-salud-en-colombia/>.
- Espinal-Piedrahita, J.J. y Restrepo-Zea, J.H. (2022). Financiamiento del sistema de salud colombiano: Tendencias y desafíos. *Revista de Salud Pública*, 24 (1), 1–8. Consultado en: <https://doi.org/10.15446/rsap.v24n1.103057>.
- Mendieta González, D., & Jaramillo, C. E. (2019). El sistema general de seguridad social en salud de Colombia. Universal, pero ineficiente: a propósito de los veinticinco años de su creación. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1 (29): 201 - 218. Consultado en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.29.13905>.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2014). Aseguramiento al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Imprenta Nacional. Consultado en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/DOA/R/L/cartillas-de-aseguramiento-al-sistema-general-de-seguridad-social-en-salud>.

- Restrepo D.A., López L.E. (2012). La unidad de pago por capitación: 17 años en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. *Revista Fac. Nac. Salud Pública*, 30 (3): 291-299. Consultado en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v30n3/v30n3a05>.
- Rivera Triviño, A. F. (2015). Coyuntura del sistema de salud en Colombia: caracterización de una crisis desde las particularidades financieras de las EPS. *Revista Gestión & Desarrollo*, 10 (1), 103-116. Consultado en: <https://doi.org/10.21500/01235834.622>.
- Yepes Luján, F. J. (2010). Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993. *Revista Gerencia Y Políticas De Salud*, 9 (18): 118-123. Consultado en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgsp9-18.lsr>.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU480-97.htm>.
- Corte Constitucional, sentencia C-1489 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1489-00.htm>.
- Corte Constitucional, sentencia C-828 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-828-01.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D828%2F01&text=El%20servicio%20p%C3%ABlico%20de%20la,del%20Estado%20Social%20de%20Derecho>.
- Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1040-03.htm>
- Corte Constitucional, sentencia C-824 de 2004, M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/C-824-04.htm>
- Corte Constitucional, sentencia C-262 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-262-13.htm>
- Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de octubre de 2007, radicado 2003-00435-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.
- Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 10 de julio de 2014, radicado 2008-00385-00, C.P. Marco Antonio Vellilla Moreno.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2461 de 20 de mayo

de 2021, rad. 11001-03-06-000-2021-00019-00, C.P. Edgar González López.
Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 12 de noviembre de 2020,
radicado 2014-01455-01, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A,
sentencia de 10 de abril de 2019, radicado 25000-23-24-000-2017-00885-00,
M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

Actos administrativos

Contraloría General de la República, Unidad de Investigaciones Especiales contra
la Corrupción, CD 10, PRF 010-2011, CDI Maribel Cavanzo Puerto.