



Requisito parcial para optar al título de

**MAESTRÍA EN DERECHO ECONÓMICO
FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
2019**

**LA NATURALEZA ESPECIAL DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN
DE SERVICIOS DE SALUD CELEBRADOS ENTRE LAS EPS Y LOS
PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD**

**DIEGO LUIS VILLARREAL RODRÍGUEZ
DIRECTOR TRABAJO DE GRADO: JUAN CARLOS LASSO URRESTA**

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	4
Introducción.....	5

Capítulo 1. Autonomía de la seguridad social y su incidencia en la contratación de servicios de salud en el SGSSS.

1.1. Antecedente histórico y características.....	9
1.2 Consagración constitucional de la seguridad social.....	11
1.3. Consagración constitucional de la Seguridad Social en Salud.....	12
1.4 Ley 100 de 1993 – Sistema General de Seguridad Social en Salud.....	13
1.5 Ley Estatutaria de Salud.....	16
1.6 Concepto de autonomía en la jurisprudencia constitucional.....	18
1.7 Conclusiones primera parte	20

Capítulo 2. Naturaleza pública de los recursos del SGSSS.

1.1 Impuestos.....	22
1.2 Sistema General de Participaciones.....	26
1.3 Contribuciones parafiscales.....	26
1.4 Aportes directos de la Nación.....	29
1.5 Unidad de pago por capitación.....	31
1.6 Conclusiones segunda parte.....	35

Capítulo 3. Normatividad aplicable a la contratación de servicios de salud en el SGSSS.

3.1	Finalidad del contrato entre EPS y PSS.....	36
3.2	Partes del contrato de prestación de servicios de salud.....	37
3.2.1	Entidades Promotoras de Salud.....	38
3.2.2	Prestadores de servicios de salud.....	48
3.3.	Usuarios.....	56
3.4	Condiciones normativas del contrato EPS -PSS.....	59
3.5	Conclusiones tercera parte.....	70

Capítulo 4. Propuesta de regulación del contrato de prestación de servicios de salud entre EPS y PSS – elementos esenciales.

4.1	Contrato de condiciones uniformes - CCU.....	71
4.2	Justificación económica.....	72
4.3	Impacto positivo de la intervención intensa en la contratación de servicios de salud...74	
4.4	Elementos esenciales.....	79

	CONCLUSIONES.....	86
--	--------------------------	-----------

	Bibliografía.....	88
--	--------------------------	-----------

Resumen

El contrato de prestación de servicios de salud entre las EPS y los PSS conlleva la disposición de **recursos públicos** destinados a garantizar el servicio público esencial de **seguridad social** en salud, no obstante, por remisión reglamentaria la normatividad aplicable responde a la **naturaleza** de los contratantes bajo la observancia de las solemnidades que las normas pertinentes determinan. Esta fórmula resulta contradictoria por la naturaleza disímil de los actores del sistema: personas naturales no comerciantes, sociedades comerciales, entidades sin ánimo de lucro y públicas, generando la existencia de contratos con una misma **finalidad** que se rigen por una normatividad diferente.

Abstract

Contracts for the provision of health services between actors of the health care system in Colombia (EPS – PSS) involves the management of public resources to guarantee the essential public service of social security in health, however, by regulatory remission the applicable regulations respond to the nature of the contractors under the observance of the rules previously established for these.

This is a contradictory rule because the dissimilar kind of actors in the health care System: non-traders, commercial companies, non-profit and public entities, determines the existence of contracts with the same purpose that are governed by different regulations.

Introducción

El artículo 365¹ de la Constitución Política establece la sujeción de los servicios públicos al régimen fijado por la ley. Esta circunstancia implica dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS-, en particular frente a la contratación celebrada entre las entidades promotoras de salud – EPS – y los prestadores de servicios de salud – PSS-, que estos acuerdos no puedan estar orientados exclusivamente por el beneficio económico que puedan reportar a las partes y que deban responder al objetivo primordial de mantener o recuperar la salud y garantizar el acceso a los servicios de salud de los afiliados.

En el SGSSS la celebración del contrato de prestación de servicios de salud resulta imperiosa, lo anterior dada la distinción entre los roles de aseguramiento y prestación que se asignan a las EPS y los PSS, así como la limitación también normativa, de la posibilidad de prestación directa de la totalidad de los servicios por las EPS. La celebración de estos acuerdos resulta de tal importancia y a la vez de tal complejidad que se presentan casos emblemáticos como

¹ **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. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

el de la EPS Medimas, que debiendo garantizar la atención en salud a más de cinco millones de afiliados, luego de varios meses del inicio de su operación solo había legalizado el 54 por ciento de los contratos en el régimen subsidiado y el 88 por ciento en el régimen contributivo².

Un asunto adicional que debe considerarse de forma prioritaria para el estudio de la finalidad y desarrollo de la celebración de los acuerdos de voluntades de prestación de servicios de salud del SGSSS, lo constituye el carácter autónomo de la seguridad social y el reconocimiento especial que sobre algunos de sus elementos integrantes como la financiación, las entidades y los procedimientos se ha efectuado en la normatividad y la jurisprudencia nacional.

Dado lo anterior, puede afirmarse que en tanto la contratación de servicios de salud entre las EPS y los PSS dista de ser una simple manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, la regulación de los diversos aspectos técnicos del contrato ya contemplada por el SGSSS, es susceptible de ser complementada y desarrollada con mayor profundidad por el regulador, todo lo anterior en pro de subsanar o disminuir las ineficiencias existentes y garantizar los mandatos que permitan: i) Evitar la discusión de estipulaciones contractuales que no resulten determinantes frente a los objetivos del sistema; ii) Disminuir la negociación

² <https://www.semana.com/nacion/articulo/procuraduria-suspendealsuperintendente-de-salud-por-medimas/544237> (10 de octubre, 2017)

sobre aspectos que por ser lo suficientemente claros no debieran ser objeto de discusión; iii) Enervar la contradicción que puede presentarse entre el interés particular de los contratantes y la necesidad de garantizar un derecho fundamental a los usuarios del SGSSS y iv) Garantizar la correcta inversión de los recursos públicos del sistema.

Bajo este escenario, se pretende resolver si dada la autonomía de la seguridad social, la naturaleza parafiscal de los recursos involucrados en el pago y el objetivo de prestación del servicio público esencial de la seguridad social en salud, que confieren un carácter especial e instrumental a la contratación entre las EPS y PSS, la regulación del contrato de prestación de servicios de salud debe incorporar formulas adicionales para garantizar el cumplimiento de los objetivos determinados por el SGSSS y una adecuada integración de la normatividad contractual en materia civil y comercial.

Para este efecto, el trabajo está conformado por cuatro capítulos:

En el primer capítulo se analiza el concepto de la autonomía de la seguridad social, en particular el desarrollo normativo y jurisprudencial plasmado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y su incidencia en los contratos de servicios de salud celebrados entre los EPS y los PSS.

En el segundo capítulo se analiza la naturaleza pública de los recursos que financian al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y se explica la relación de la contratación de

servicios de salud con el cumplimiento del objetivo de destinación específica que se determina para estos recursos.

En el tercer capítulo se analiza la normatividad legal y reglamentaria que sobre la celebración, ejecución e interpretación de los contratos de prestación de servicios de salud se determina en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En el cuarto capítulo se plantean las razones que justifican una intervención de mayor intensidad por parte del regulador en el SGSSS y se generará una propuesta de elementos y alternativas de regulación de los contratos de prestación de servicios de salud entre las EPS y los PSS.

Finalmente el estudio aporta el diagnóstico de la situación normativa actual de los contratos de prestación de servicios de salud y plantea una fórmula contractual con los elementos que debieran ser considerados para optimizar la regulación.

Capítulo 1. Autonomía de la seguridad social y su incidencia en la contratación de servicios de salud en el SGSSS

La celebración de un contrato de prestación de servicios de salud en el SGSSS comporta la ejecución de recursos públicos de destinación específica, la vinculación de los prestadores de servicios de salud - PSS a dicho sistema y el establecimiento de las condiciones para la garantía de un derecho fundamental como lo es el de la salud. Dado lo anterior, es preciso afirmar que la finalidad de este acto jurídico plantea, más allá del ejercicio de la libertad contractual de los contrayentes, la realización de los objetivos de la seguridad social bajo un marco preciso y previamente determinado.

1.1. Antecedente histórico y características

La seguridad social actual se remonta en sus orígenes a la Ley del Seguro de Enfermedad promulgada por Otto von Bismarck, normativa que buscó proteger bajo el esquema de los seguros sociales a los trabajadores de la industria, y se extendió más adelante hacia otros sectores como la agricultura y el transporte. Esta etapa es explicada por Ricardo Nugent en el texto *La Seguridad Social: Su Historia y sus Fuentes*, de la siguiente manera:³

“Los seguros sociales se establecieron para resolver los problemas que los sistemas iniciales de previsión dejaron pendientes de solución. Correspondió a Alemania

³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/36.pdf>. 1997.

iniciar la segunda etapa de la evolución histórica de la seguridad social. Fue obra de Bismark, quien presentó al Parlamento un proyecto de seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades, que alcanzó consagración legislativa el 15 de julio de 1883, para proteger a los trabajadores de la industria en forma obligatoria, contra el riesgo de enfermedad y la contingencia de la maternidad; con prestaciones por un máximo de trece semanas, mediante el pago de cotizaciones abonadas en la proporción de dos terceras partes por los trabajadores y una tercera por los empresarios. Este sistema se hizo extensivo a los trabajadores de la agricultura y de los transportes por las leyes de 5 de mayo de 1886 y de 10 de abril de 1892, respectivamente.”

En la actualidad la seguridad social constituye, más allá de un derecho de los trabajadores, un esquema de protección universal que se manifiesta en el caso colombiano a través de su separación del derecho al trabajo, respecto del que se pueden advertir claras diferencias que se explican por el Profesor Gerardo Arenas Monsalve de la siguiente manera:

“(…)

- El contenido del derecho del trabajo se basa en las relaciones derivadas del contrato de trabajo y los conflictos que les son propios a esas relaciones; el de la seguridad social es más amplio, pues está determinado por las contingencias sociales y las instituciones que estas generan.
- Por último, los fines de cada una son distintos: en el derecho del trabajo, la finalidad es la protección del trabajador en su relación con el empleador, en la seguridad social el fin es lograr la seguridad económica de la sociedad.”

1.2 Consagración constitucional de la Seguridad Social

En el ordenamiento constitucional colombiano la seguridad social se encuentra consagrada de manera autónoma como un derecho de carácter irrenunciable de todos los habitantes y un servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado que podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, estableciendo el artículo 48 de la Constitución Política lo siguiente:

“ARTICULO 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.

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.

(...)”

Como puede observarse, la propia Constitución regula de manera separada el derecho al trabajo⁴ y el derecho a la seguridad social, dándole a cada uno de estos notas propias que conllevan, en los aspectos de interés del estudio, la existencia de reglas propias que separan a la seguridad social del análisis y desarrollo normativo inherente al derecho laboral, y que se hacen evidentes en las instituciones jurídicas y económicas definidas para garantizar los derechos de asistencia médica que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza respecto de sus afiliados.

1.3 Consagración constitucional de la Seguridad Social en Salud

Respecto del servicio de salud, objeto central de este estudio, se reitera en el artículo 49 constitucional el carácter de servicio público a cargo del Estado, y se impone a este la obligación de establecer entre otras “*las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas*” .

⁴ El artículo 53 de la Constitución Política establece:

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

“ARTICULO 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.

(...)”

Adicionalmente, la norma constitucional autoriza a que este servicio sea prestado con la participación de los particulares bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y el marco conformado por la ley y las políticas definidas por el Estado.

1.4 Ley 100 de 1993 - Sistema General de Seguridad Social en Salud

Respecto de la concepción normativa del SGSSS⁵ se puede advertir que a partir de lo establecido en el preámbulo de la Ley 100 de 1993 - *"Por la cual se crea el sistema de*

⁵ El Sistema General de Seguridad Social en Salud define al componente del servicio público esencial de la salud en Colombia que se garantiza a través de la Ley 100 de 1993, sin embargo junto al mismo coexisten otros sistemas como el

seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", se adopta una definición de la seguridad social integral⁶ como un conjunto de **instituciones, normas y procedimientos**, de la siguiente manera:

“El sistema de seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”

Este reconocimiento legal de un sistema y sus partes es una clara manifestación de la autonomía de la seguridad social, situación que desde la perspectiva del derecho resulta útil para relevar la dinámica de acción entre las instituciones integrantes, para efectos de este estudio las EPS los PSS, y el objeto de garantizar el derecho fundamental de salud a través

reconocido al magisterio en la Ley 91 de 1989, a las universidades en la Ley 30 de 1992, a las fuerzas militares y la Policía Nacional en la Ley 352 de 1997, la población privada de la libertad en la Ley 1709 de 2014, y los distintos regímenes exceptuados y especiales que se determinan en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no obstante, el objeto de la revisión efectuada en este estudio se limita a la contratación que se establece en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, entre las EPS y los PSS.

⁶ La Ley 100 de 1993 establece la seguridad social integral como el conjunto , al respecto el artículo 8 establece:

ARTICULO. 8º- Conformación del sistema de seguridad social integral. El sistema de seguridad social integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.

de la prestación de un servicio público esencial. Sobre esta circunstancia particular, Juan Carlos Cortés González, realiza el siguiente planteamiento:

“El reconocimiento de un campo autónomo dentro del derecho para la protección social responde, a nuestro juicio, a la necesidad de evidenciar la integralidad sistémica con la que ya operan las instituciones de aquella. Esto es, puede identificarse claramente un objeto propio del derecho de la protección social, así como encuadrarse en el ámbito del derecho social - tercera categoría de instituciones jurídicas, entre las propias del derecho público y las del derecho privado-, a partir de fuentes específicas y con principios especiales⁷.

De otro lado, una expresión adicional de la autonomía atribuida al Sistema General de Seguridad Social en Salud respecto del derecho del trabajo se plasma en el artículo 153 de la propia Ley 100 de 1993 cuando se determina dentro los fundamentos de este servicio público esencial la obligatoriedad de la afiliación al mismo aun para quienes carezcan de capacidad de pago o vínculo con algún empleador disponiendo:

“ARTICULO. 153.-Fundamentos del servicio público. Modificado por el art. 3, Ley 1438 de 2011. 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:

⁷ Juan Carlos Cortés González. Derecho de la Protección Social. Pág. 62. Ed., LEGIS EDITORES S.A. (2009)

(...)

2. 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.

(...)”

Así las cosas, la celebración del contrato de prestación de servicios de salud dentro del SGSSS plantea, más allá de la simple actividad privada, la interrelación entre los actores encargados del aseguramiento y la prestación (EPS – PSS) a efectos de garantizar en favor de la población afiliada los contenidos del Plan de Beneficios en Salud – PBS.

1.5 Ley Estatutaria de Salud

Se debe resaltar que de conformidad con lo definido en la Ley Estatutaria de Salud –LES – Ley 1751 de 2015, la seguridad social en salud se puede definir como un conjunto de normas, instituciones y procedimientos que confluyen para la materialización del derecho fundamental a la salud. Al respecto se expresa en el artículo 4°:

“ARTÍCULO 4o. DEFINICIÓN DE SISTEMA DE SALUD. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la

garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.” (Subrayado fuera de texto original)

En el Sistema de Salud como puede advertirse, concurren una serie de elementos integrantes, conformando un todo de carácter jurídico y económico en el que los agentes, las normas, procedimientos y recursos asignados propenden por alcanzar el objetivo de garantizar a los habitantes del territorio nacional un derecho de carácter fundamental como es el de la salud.

1.6 Concepto de autonomía en la jurisprudencia constitucional

Acerca del carácter autónomo de la seguridad social y los elementos que en ella se articulan para el cumplimiento de los objetivos determinados por el constituyente, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia C-1027/02 de la siguiente manera:

“De esta forma, el constituyente siguiendo las tendencias contemporáneas, le otorgó a la seguridad social una múltiple dimensión incorporando dentro de su amplio espectro instituciones, principios, mecanismos, garantías y procedimientos administrativos y judiciales. En efecto, en el texto constitucional el concepto de seguridad social tiene carácter omnicomprendivo en tanto y en cuanto abarca distintos aspectos de un mismo fenómeno: la seguridad como servicio público; la organización administrativa de la seguridad social; los principios rectores de la seguridad social; su carácter de derecho irrenunciable; la participación de los particulares en la ampliación y gestión de la seguridad social; las entidades gestoras de la seguridad social; y la garantía de la destinación y aplicación de los recursos de la seguridad social. Y aun

cuando no se mencionan expresamente, dentro del concepto constitucional de seguridad social también se entienden incluidos los distintos procedimientos para hacerla efectiva. (...)”

Como puede advertirse, esta concepción integral de la seguridad social, sumada a la determinación legal que se efectúa en el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 712 de 2001, atribuyendo a la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social la solución de los conflictos referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre las entidades administradoras o prestadoras, con independencia de la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan, constituyen un claro reconocimiento del espectro amplio y autónomo de elementos propios definidos para el cumplimiento de la garantía del derecho fundamental de la salud.

1.7 Conclusiones primera parte

El desenvolvimiento de las relaciones contractuales establecidas entre las EPS y los PSS no puede encajarse estrictamente en el ámbito del derecho público o privado, o más aún en la disciplina del derecho civil, comercial o el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Al ser estos contratos instrumentos para la garantía de una finalidad específicamente determinada por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, su celebración, ejecución e interpretación plantea y exige la aplicación de los postulados determinados en la normatividad propia de este servicio público esencial.

En la contratación de la prestación de servicios de salud debe atenderse en primer lugar los principios y elementos imperativos dispuestos por el SGSSS en su múltiple dimensión, pero sin dejar de lado los elementos propios de la contratación como disciplina jurídica que regula la creación de derechos y el establecimiento de obligaciones entre las partes suscribientes del acuerdo de voluntades.

Capítulo 2. Naturaleza pública de los recursos del SGSSS.

La financiación del SGSSS proviene de fuentes diversas como las regalías, el Presupuesto General de la Nación, el Sistema General de Participaciones, recursos de los monopolios rentísticos de licores y juegos de suerte y azar, impuestos con destinación específica y contribuciones parafiscales.

Como elemento común de estos recursos se encuentra la destinación específica definida por el artículo 48 de la Constitución Política, que implica, que como parte de la cadena del flujo financiero del SGSSS el contrato de prestación de servicios de salud se vea condicionado por este imperativo constitucional al cumplimiento del objeto de garantizar la atención en salud de los afiliados. Sobre el particular se determina en la Circular 064 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud lo siguiente:

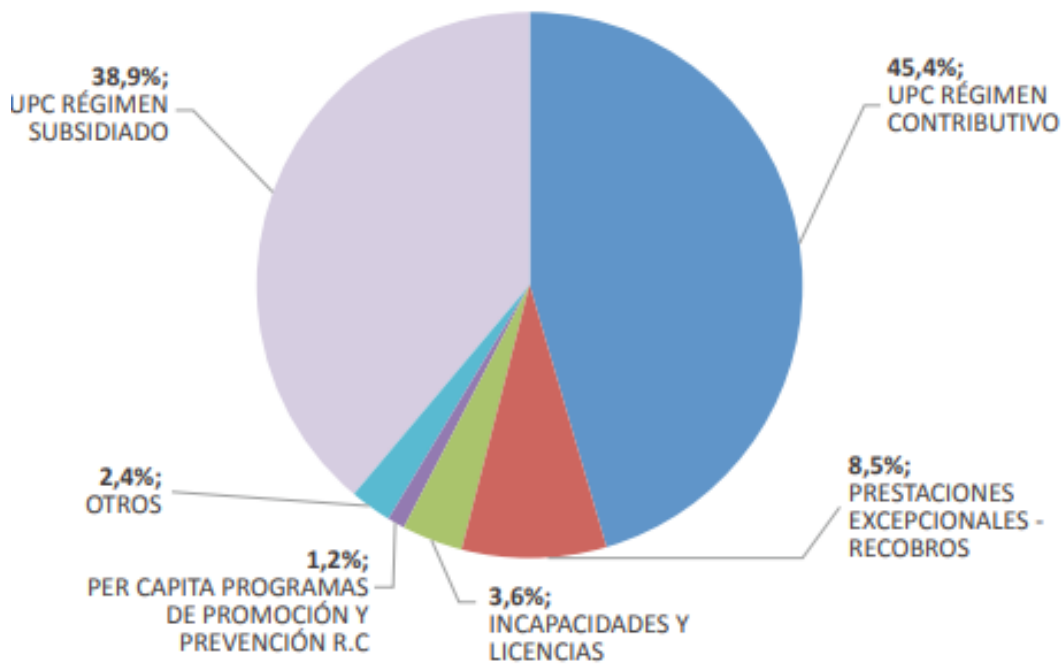
“3. Los contratos que celebre a EPS con PSS para garantizar la atención en salud de la población a su cargo, los que celebre la EPS del régimen subsidiado con PSS para garantizar la atención en salud de la población a su cargo, y los que celebren estos PSS con sus profesionales o proveedores para garantizar la atención en salud de la población a su cargo, no pueden ser objeto de imposición por parte de los pagadores de gravamen alguno que modifique su destinación específica, destinación específica que tiene por objeto garantizar la atención en salud de conformidad con lo señalado para ello en el artículo 48 de la Constitución Política.”

Ahora bien, en lo que se puede considerar el primer eslabon de la cadena del flujo de los recursos del SGSSS, se encuentra la administración que realiza de manera centralizada la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) –ADRES-, de conformidad con lo defindo en los artículos 66⁸ y 67 de la Ley 1753 de 2015. Esta entidad para la vigencia 2018 maneja un presupuesto de \$42,7 billones destinados al aseguramiento, es decir, el pago de la UPC del régimen contributivo y subsidiado (estimado en \$39 billones), las licencias de maternidad y paternidad e incapacidades (\$1,5 billones), los recobros de las tecnologías en salud no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud del Régimen Contributivo (No PBS) (\$1 billón), y otros rubros del sistema de salud (\$1,2 billones).

⁸ **“ARTÍCULO 66. DEL MANEJO UNIFICADO DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS).** Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.(...)”

Composición presupuestal de gastos del ADRES

Agosto – Diciembre 2017



Fuente: Cálculos MHCP con información de la ADRES

Conforme lo anterior, en la cadena de recursos del SGSSS se destacan las siguientes fuentes y conceptos:

2.1 Impuestos con destinación específica

La financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud incluye dentro de sus fuentes impuestos de destinación específica, esta circunstancia se enmarca dentro de la excepción que permite el establecimiento de esta clase de tributos para efectos de inversión

social conforme lo determinado por el artículo 359 de la Constitución Política⁹. Dentro de esta categoría de impuestos se encuentran los siguientes:

1. La totalidad de los ingresos recaudados por concepto del impuesto sobre las ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar¹⁰ de conformidad con lo determinado en el artículo 4º de la Ley 1393 de 2010.

⁹ “**ARTICULO 359.** No habrá rentas nacionales de destinación específica.

Se exceptúan:

1. Las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios.
2. Las destinadas para inversión social.

(...)”

¹⁰ **Ley 1393 de 2010**

ARTÍCULO 4o. Los ingresos adicionales recaudados durante el año 2010, por efecto del aumento de la tarifa del impuesto sobre las ventas, aplicable a la cerveza y a los juegos de suerte y azar, a que se refiere la presente ley, se destinarán por la Nación a la unificación de los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado.

A partir del 1o de enero del año 2011 la totalidad de los ingresos recaudados por concepto del impuesto sobre las ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar tendrán la misma destinación. Para dicho efecto, en ambos casos, no aplicará lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 225 de 1995.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público compensará anualmente las eventuales disminuciones en términos constantes del recaudado por concepto de derechos de explotación del juego de las apuestas permanentes o chance que presenten los departamentos o el distrito capital frente a lo recaudado por este mismo concepto en el año 2009, sin que el monto total máximo de la compensación a nivel nacional pueda exceder el equivalente a dos puntos del IVA aplicable al juego de las apuestas permanentes o chance recaudados en el respectivo año. Esta compensación se efectuará con cargo a los recursos recaudados por concepto del IVA aplicable al juego de las apuestas permanentes o chance.

Los recursos compensados anualmente mantendrán la destinación establecida en el artículo 42 de la Ley 643 de 2001. Los recursos que, dentro del límite dispuesto en el inciso anterior, no se requieran para ser utilizados en la mencionada compensación, mantendrán la destinación a que se refieren los incisos 1o y 2o del presente artículo.

2. 0,5 del total del recaudo del IVA incrementado al 19%, de que trata el artículo 468 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 184¹¹ de la Ley 1819 de 2016 .
3. 4.4 puntos porcentuales de los 9 de destinación específica de la tarifa del Impuesto sobre la Renta y Complementarios de las personas jurídicas según lo establecido en el artículo 102¹² de la Ley 1819 de 2016.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

¹¹ **Estatuto Tributario Nacional.**

Artículo 468. Tarifa general del impuesto sobre las ventas. La tarifa general del impuesto sobre las ventas es del diecinueve por ciento (19%) salvo las excepciones contempladas en este título.

A partir del año gravable 2017, del recaudo del impuesto sobre las ventas un (1) punto se destinará así:

- a) 0.5 puntos se destinarán a la financiación del aseguramiento en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- b) 0.5 puntos se destinarán a la financiación de la educación. El cuarenta por ciento (40%) de este recaudo se destinará a la financiación de la Educación Superior Pública.

PARÁGRAFO 1o. Los directorios telefónicos quedarán gravados a la tarifa general del impuesto sobre las ventas, únicamente cuando se transfieran a título oneroso.

¹² **ARTÍCULO 102.** Adiciónese el artículo 243 al Estatuto Tributario, el cual quedará así:

Artículo 243. Destinación específica. A partir del periodo gravable 2017, 9 puntos porcentuales (9%) de la tarifa del Impuesto sobre la Renta y Complementarios de las personas jurídicas, se destinarán así:

1. 2.2 puntos se destinarán al ICBF.
2. 1.4 puntos al SENA.
3. 4.4 puntos al Sistema de Seguridad Social en Salud.

4. El Componente del Impuesto Nacional del Monotributo determinado en el artículo 165¹³ de la Ley 1819 de 2016.
5. El Impuesto social a las municiones y explosivos determinado en el artículo 224 de la Ley 100 de 1993, que corresponde a un monto equivalente al 30% de un salario mínimo mensual por la expedición o renovación del permiso de porte de armas, o el impuesto ad valorem de una tasa del 20% por la venta de municiones y explosivos.
6. El Impuesto a los ganadores de lotería determinado en el artículo 48 de la Ley 643 de 2001, equivalente al 17% sobre el valor nominal del premio, en el porcentaje de cofinanciación del aseguramiento definido por la entidad territorial.
7. El Impuesto a la venta de loterías foráneas en jurisdicción de los departamentos y del Distrito Capital, determinado en el artículo 48 de la Ley 643 de 2001, equivalente diez por ciento (10%) sobre el valor nominal de cada billete o fracción que se venda en cada una de las respectivas jurisdicciones, en el porcentaje de cofinanciación del aseguramiento definido por la entidad territorial.
8. Recursos del impuesto al consumo de cervezas y sifones de producción nacional, correspondientes conforme a lo determinado por el artículo 190 de la Ley 223 de 1995, modificado por el artículo 1 de la Ley 1393 de 2010 a 8 puntos porcentuales de la tarifa del 48% aplicable al consumo de estos productos.

¹³ **Artículo 916. Destinación específica del componente de impuesto nacional del monotributo.** El recaudo del componente del impuesto nacional del monotributo se destinará a la financiación del aseguramiento en el marco del Sistema General de Seguridad Social, en Salud y en Riesgos Laborales. Para el primer caso, los recursos se presupuestarán en la sección del Ministerio de Salud y Protección Social, y serán transferidos a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, creada en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015. En el segundo caso, los recursos serán transferidos al Fondo de Riesgos Laborales, creado en el artículo 88 del Decreto-ley 1295 de 1994.

9. Recursos del impuesto al consumo de cervezas y sifones de origen extranjero, que corresponde, de los ocho (8) puntos porcentuales del impuesto al consumo con destino a salud, por lo menos el 50% o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la Ley 1438 de 2011, esté asignado por la entidad territorial al aseguramiento, si este fuera mayor.
10. Por lo menos el 50% o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la Ley 1438 de 2011 haya estado asignado al aseguramiento, de la renta del recaudo del impuesto al consumo de licores, aperitivos, vinos y similares.

2.2 Sistema General de Participaciones

El Sistema General de Participaciones SGP está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política de Colombia a las entidades territoriales – departamentos, distritos y municipios-, para la financiación de los servicios en salud, educación y demás asuntos de competencia de estas entidades territoriales de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001.

Para el año 2018 se destinarán \$6.9 billones a través del SGP para la atención de subsidios a la demanda de servicios de salud (aseguramiento), \$862.000 millones para financiar acciones en salud pública atribuidas a las entidades territoriales y \$862.000 millones para la prestación de servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda y financiación de subsidio a la oferta.

2.3 Contribuciones parafiscales

Las contribuciones parafiscales son una especie del género de los tributos, diferenciado desde la doctrina y la jurisprudencia de las tasas y los impuestos, en tanto no comportan la prestación directa de un servicio o la transferencia de un bien y por determinar una destinación específica en su inversión. Respecto de las contribuciones parafiscales la Corte Constitucional, en Sentencia C-040 de 1993, manifestó:

“A diferencia de las tasas, las contribuciones parafiscales son obligatorias y no confieren al ciudadano el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien. Se diferencian de los impuestos en la medida en que carecen de la generalidad propia de este tipo de gravámenes, tanto en materia de sujeto pasivo del tributo, cuanto que tienen una especial afectación y no se destinan a las arcas generales del tesoro público. ”

La financiación del SGSSS se soporta en gran medida en el pago de contribuciones parafiscales y principalmente a través de las cotizaciones de los afiliados, que para el segundo semestre de 2017 de acuerdo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público correspondieron a cerca del 40.3% de los ingresos requeridos para la financiación del aseguramiento provisto por el SGSSS. Dentro de los recursos aportados a través de las contribuciones parafiscales se encuentran:

1. Las cotizaciones que con respecto al salario o los ingresos, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, deben efectuar las personas con capacidad de pago. El porcentaje determinado para el aporte corresponde al 12.5% y el

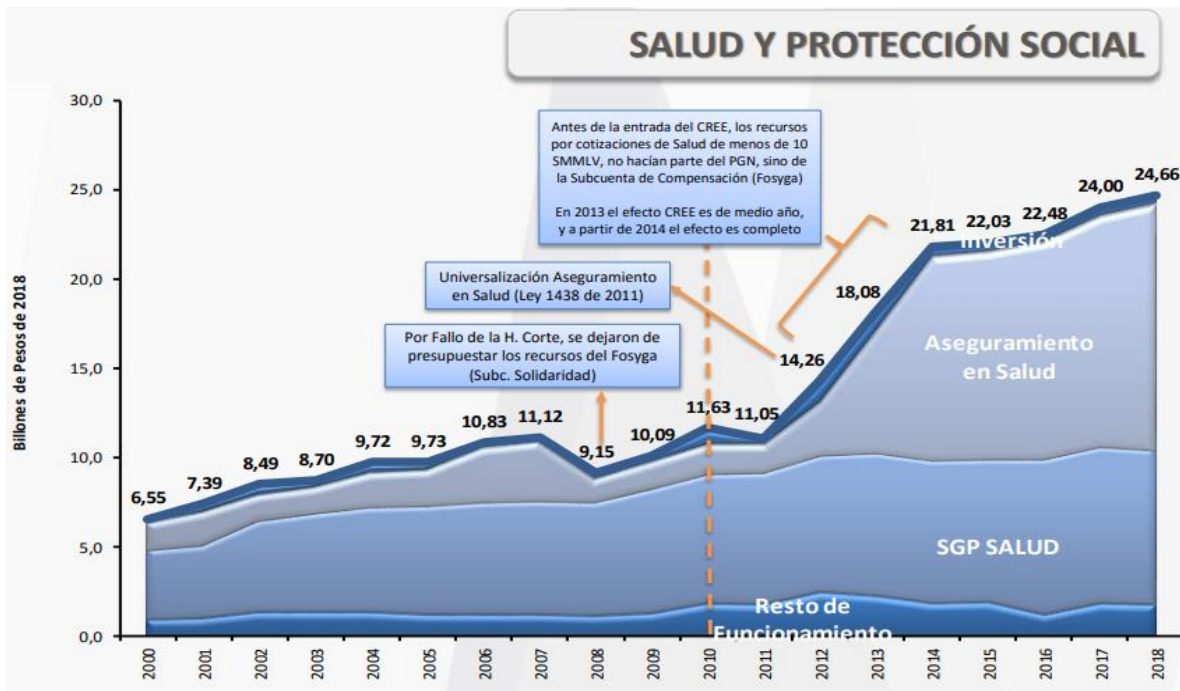
12 % del Ingreso Base de Cotización – IBC para los trabajadores dependientes e independientes y los pensionados, respectivamente.

2. El valor de las UPC adicionales que de conformidad con lo determinado por el Decreto 2.1.4.5 del Decreto 780 de 2016, los afiliados cotizantes pagan por cada afiliado adicional. Este valor corresponde en cada caso al valor de la UPC correspondiente al grupo de edad, el per cápita para promoción y prevención, y un valor destinado a la Subcuenta de Solidaridad equivalente al 10% de la sumatoria del valor de los dos conceptos.
3. Las cotizaciones de los afiliados a los regímenes especiales y de excepción, que de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.13.5 al recibir ingresos adicionales por los cuales se encuentren obligados a cotizar.
4. Los aportes de los regímenes especiales y de excepción correspondientes al porcentaje de solidaridad a que se refiere el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, equivalente al incremento de un cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, con destino a la subcuenta de solidaridad.
5. Los recursos del Subsidio Familiar determinados por el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, que corresponden al 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran las Cajas de Compensación Familiar para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo para aquellas Cajas que obtengan un cociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10% de dichos recaudos.
6. La contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT, que se cobrará en adición a esta, de conformidad con lo determinado por el artículo 223 de la Ley 100 de 1993.

7. Las transferencias que deben efectuar las compañías aseguradoras autorizadas para expedir el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT, constituidas por la diferencia entre el 20% del valor de las primas emitidas en el bimestre anterior y el monto definido por el Ministerio de Salud y Protección Social.
8. Los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, en los montos definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2.4 Aportes directos de la Nación

El actual presupuesto general de la Nación con destino al sector salud y protección social asciende a \$24.7 billones, correspondientes al 13.17% del total del presupuesto (sin incluir deuda). De este monto, \$20.89 billones se destinan a la cobertura del aseguramiento en salud con el fin de financiar la protección del derecho fundamental a la salud de 22.7 millones de afiliados en el Régimen Subsidiado y de 22.2 millones de afiliados en el Régimen Contributivo según la distribución que se observa en el siguiente gráfico:



Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Debe recordarse que de acuerdo con el análisis efectuado por la Corte Constitucional en Sentencia SU- 480 de 1997, incluso los aportes del presupuesto nacional se entiende comprendidos dentro del concepto de parafiscalidad que determina su destinación específica para los fines determinados por el SGSSS, al efecto se expuso:

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal. 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. 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

Para la vigencia 2019 está previsto que el presupuesto se incremente 15.8% que representan cerca de \$4 billones adicionales, hasta alcanzar una asignación total de \$28.48 billones, llevando el peso del sector salud y protección social hasta el 14.8% del total del presupuesto general de la Nación.

2.5 Unidad de Pago por Capitación

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la financiación del aseguramiento por cada uno de los afiliados del Sistema se reconoce a las EPS a través de un pago per cápita que se denomina Unidad de Pago por Capitación, al respecto se establece en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993:

“ARTICULO. 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.

(...)"

La metodología de cálculo de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) es determinada por el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual, utiliza la información reportada por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), que a su vez reciben de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS). Esta información, que contiene datos demográficos y epidemiológicos de la población del país es sometida a pruebas de validación y bases de datos de referencia (como por ejemplo, de afiliados, diagnósticos y procedimientos, precios y dosis de medicamentos) como prueba de calidad antes de realizar alguna estimación.

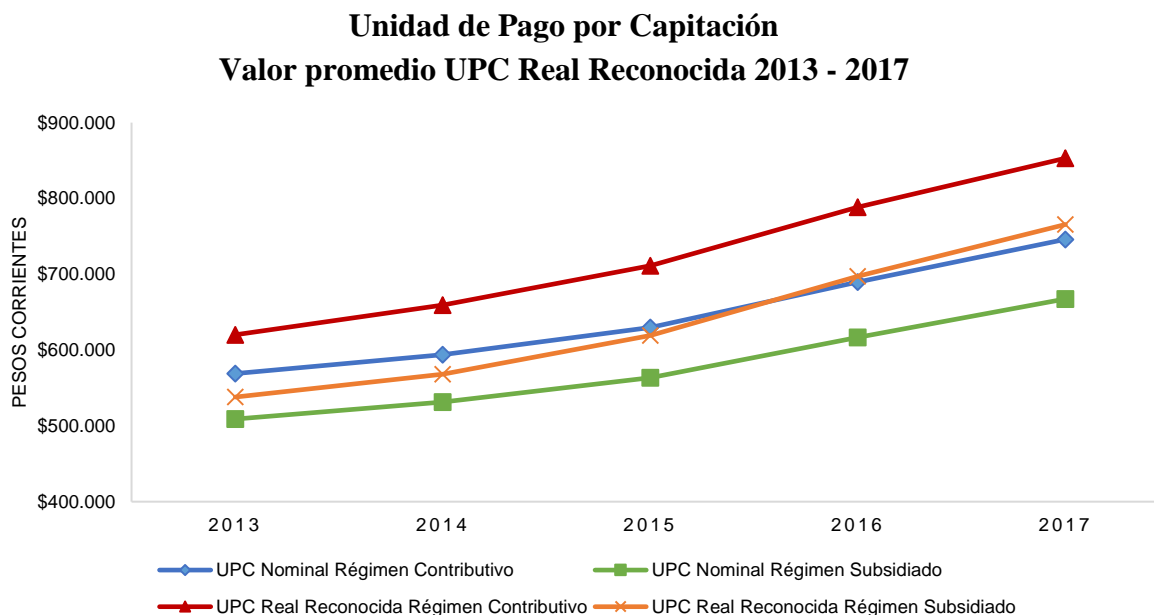
Posteriormente, para el cálculo de la UPC se utiliza un abordaje actuarial, basado en metodologías y principios reconocidos por la Casualty Actuarial Society, de los que los métodos de prima pura y de razón de pérdida o "loss ratio" se ajustan a las características propias del sistema de salud colombiano. Este cálculo actuarial permite estimar el valor de los costos del POS con un horizonte de tiempo de un año, de manera que el valor del costo (prima actuarial o UPC) depende crucialmente de dos elementos: la frecuencia histórica de utilización de los servicios (consultas, medicamentos, hospitalizaciones, etc.), y el costo promedio de cada uno de estos servicios. Así, mediante un cálculo actuarial se obtiene la prima pura que es suficiente para garantizar las atenciones a los ciudadanos, considerando

los procedimientos, tecnologías, dispositivos y medicamentos que ya hacen parte del Plan de Beneficios, aquellos que serán incluidos en la actualización integral de ese Plan, y de aquellos que no hacen parte del Plan de Beneficios pero que cuentan con homólogos que sí se encuentran incluidos con cargo a la UPC.

De esta forma, para determinar la prima necesaria por cada variable de tarificación, se calcula cuáles serían los ingresos totales que se reconocerían con base en la expectativa del número de asegurados expuestos para el siguiente período y la última estructura de UPC vigente, empleando las tasas de crecimiento poblacional y de afiliación en cada régimen. De igual manera los ingresos tienen en cuenta todos los conceptos adicionales que se involucran dentro de la financiación de la prestación del servicio, recordando que se trata en esencia de recursos públicos con los que se financia el aseguramiento del derecho fundamental a la salud que es una función constitucional del Estado.

Siguiendo esta metodología, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció el aumento del valor anual de la UPC nominal de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para 2018 en 7.83 %, mediante la Resolución 5268 del 22 de diciembre de 2017. De esta forma, una vez aplicados los ponderadores de sexo, grupo etario y dispersión geográfica, puede establecerse que el valor de la UPC Real Reconocida para el Régimen Contributivo creció en promedio 7.43% durante el período 2013 - 2017, frente a un crecimiento promedio de 6.40 % para la UPC nominal en el mismo período, y que, además, en el año de 2017, la UPC real reconocida del Régimen Contributivo creció aproximadamente 8.20%, frente al 10.86% que presentó el año 2016. Por su parte, la UPC Real Reconocida del Régimen Subsidiado creció en promedio 11.81% durante el intervalo 2013 - 2017, mientras que la UPC nominal creció

en promedio 9.10% en el mismo periodo, y mostró una desaceleración en el crecimiento pasando de 12.59% en 2016 a 9.79% en 2017.



Fuente: MHCP (Basado en Acuerdos CRES y Resoluciones MSPS).

Ahora bien, en tanto la UPC que se reconoce para el pago de los servicios que conforman al plan de beneficios del SGSSS y el cumplimiento de la labor de aseguramiento de las EPS se financia a través de los recursos públicos ya señalados, según el entendimiento adoptado por la Corte Constitucional la propia UPC tiene también un carácter parafiscal, al respecto se expresó en Sentencia C-1040 de 2003:

“Existe, entonces, un vínculo indisoluble entre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y la Unidad de Pago por Capitación, pues al fin y al cabo dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (POS) por parte de las Empresas Promotoras

de Salud y las ARS. En otras palabras, la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS (...)"

El carácter parafiscal que se reconoce a la UPC según el análisis determinado por la Corte Constitucional, si bien ignora que además de recursos parafiscales concurren para su financiación otro tipo de rentas nacionales y territoriales e incluso impuestos de destinación específica, resulta acertado y determinante para efectos de garantizar el manejo adecuado y la destinación específica de los recursos del SGSSS por parte de los actores que concurren a través de la contratación de la prestación de los servicios de salud en la garantía del PBS para los afiliados al SGSSS.

2.6 Conclusiones parte segunda

La naturaleza pública y la destinación específica de los recursos que financian el SGSSS resultan determinantes en la ejecución de los contratos EPS –PSS. Este tipo de contratos por encontrarse dirigido al cumplimiento de la finalidad específica de la atención en salud de los usuarios del sistema justifica y requiere la implementación de controles y reglas tendientes a garantizar por parte de los intervinientes en este eslabón de la cadena del flujo de los recursos del sistema la inversión correcta de los recursos públicos involucrados.

Capítulo 3. Normatividad aplicable a la contratación de servicios de salud en el SGSSS

Sobre la normatividad aplicable al contrato de prestación de servicios de salud se establece en el artículo 2.5.3.4.3 del Decreto 780 de 2016, al definir el acuerdo de voluntades, que este se sujetará a las normas que le sean aplicables, la naturaleza jurídica de las partes y demás solemnidades que las normas pertinentes determinen estableciendo:

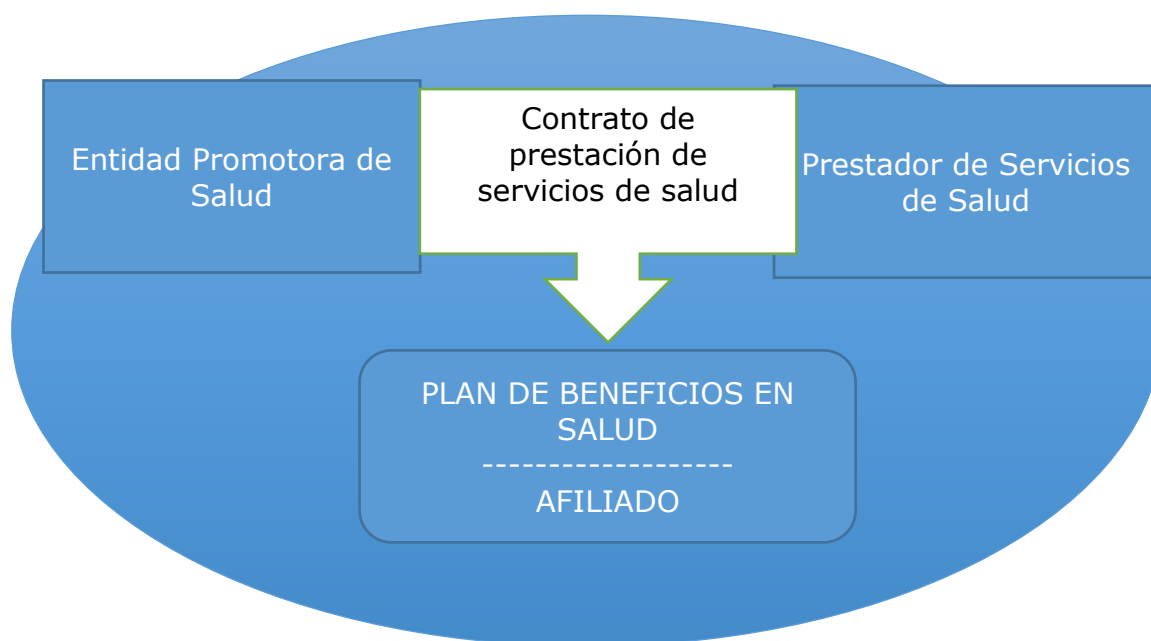
“Acuerdo de voluntades: Es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o varias personas naturales o jurídicas. El acuerdo de voluntades estará sujeto a las normas que le sean aplicables, a la naturaleza jurídica de las partes que lo suscriben y cumplirá con las solemnidades, que las normas pertinentes determinen. (...)”

Dada esta aproximación, se analizará a efectos de dilucidar cuales son los objetivos a garantizar a través de la celebración de este contrato, la naturaleza jurídica de los actores involucrados en la celebración del contrato, los derechos que se deben garantizar a los beneficiarios de los servicios, la normatividad especial que se determina para esta contratación dentro del propio SGSSS y los objetivos que orientan la actividad de las EPS y los PSS.

3.1 Finalidad del contrato entre EPS y PSS

Dado que el contrato de prestación de servicios de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud se celebra sin excepción entre partes calificadas que se encargan

respectivamente de los roles de prestación y aseguramiento la relación entablada por las EPS y los PSS se puede sintetizar en el siguiente gráfico:



Fuente: Propia

Al ser la prestación del Plan de Beneficios en Salud – PBS una de las principales garantías de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el contrato de prestación de servicios de salud resulta ser un instrumento determinante para este propósito, dado lo anterior es necesario establecer con precisión el papel que se asigna en el SGSSS a los aseguradores y prestadores de cara a este objetivo y las reglas específicas que se definen en la celebración y ejecución de estos acuerdos.

3.2 Partes del contrato de prestación de servicios de salud

Los actores del SGSSS que intervienen en la celebración y ejecución del contrato de prestación de servicios de salud y que se constituyen en beneficiarios del mismo responden a la siguiente clasificación:

3.2.1 ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD - EPS

Estas entidades de creación legal, se definen en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

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

Las EPS son entidades constituidas exclusivamente por personas jurídicas cuyo objetivo esencial dentro del SGSSS es el de garantizar el aseguramiento¹⁴ en salud de los afiliados.

¹⁴ El aseguramiento en salud comprende de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garanticen el acceso oportuno y efectivo a la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores del sistema

Para el cumplimiento de esta finalidad se asigna a estos actores la función de la organización directa o indirecta de la prestación del Plan de Beneficios en Salud, y es como resultado de esta obligación que surge la necesidad del establecimiento de vínculos de carácter contractual con los distintos PSS que se encuentran habilitados para la prestación de servicios de salud a la población.

Naturaleza jurídica de las EPS

Las personas jurídicas autorizadas para operar como EPS en el SGSSS pueden ser entidades de naturaleza pública, mixta o privada, y tendrán según la respectiva naturaleza las siguientes características:

i. EPS DE NATURALEZA PÚBLICA

Dentro de esta categoría se encuentran las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta. Se debe señalar que en el orden nacional, por expreso mandato constitucional este tipo de entidades debe o bien ser creado por la ley o con autorización de esta. Al respecto se establece en el artículo 210 de la Carta Política:

“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.”

Empresas Industriales y Comerciales del Estado

De acuerdo con el Artículo 69 de la Ley 489 de 1998, la creación de Empresas Industriales y Comerciales, como categoría de entidad pública del orden nacional o territorial se hace a través de la ley, las ordenanzas departamentales, los acuerdos municipales o con su autorización, al respecto se dispone:

"Artículo 69. Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política."

Conforme lo determinado en el artículo 85¹⁵¹⁶ de esta misma ley, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son organismos que tienen personería jurídica, capital independiente y autonomía presupuestal y financiera y desarrollan una actividad de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado.

De otro lado, y en tanto el servicio público esencial de salud que corresponde garantizar a las entidades públicas que obtienen autorización para funcionar como EPS implica el desarrollo de actividades comerciales en competencia con otras entidades de carácter público y privado, de conformidad con lo definido en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011,

¹⁵ **Decreto 780 de 2016.**

Artículo 2.5.2.3.3. Condiciones para la habilitación. Las condiciones de operación y de permanencia, incluyen la capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica.

(...)

3.3. Condiciones de capacidad tecnológica y científica. Son aquellas establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social como indispensables para la administración del riesgo en salud, la organización de la red de prestadores de servicios y la prestación de los planes de beneficios en cada una de las áreas geográficas.(...)"

¹⁶ "**Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del estado.** Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución."

modificatorio del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, estas se sujetarán en la contratación de servicios de salud para la prestación del Plan de Beneficios en Salud – PBS – al derecho privado. Al respecto se establece en el precitado artículo:

“Artículo 93. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley (...).”

Sociedades públicas

En el art. 94, inc. 1º, de la Ley 489 de 1998 se establece que las empresas y sociedades que se creen con participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por

las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio.

Por su parte en el literal f) del numeral segundo del art 38 de la Ley 489 de 1998, disposición en la que se señalan las entidades que conforman el sector descentralizado por servicios, se encuentran contempladas las sociedades públicas. Estas entidades, según se dispone en el párrafo primero del mismo artículo se “someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.”

Dado lo anterior puede afirmarse que en materia de contratación se predica la no sujeción al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de las EPS que se constituyan por este tipo de entidades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, modificatorio del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 referido anteriormente.

i. EPS MIXTAS

- Sociedades de economía mixta

Las sociedades de economía mixta se definen en la Ley 489 de 1998 como sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado:

“ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan

actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.”

El régimen contractual que deben aplicar las EPS que se autorizan bajo esta figura se exceptúa de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando el capital privado sea igual o superior al 50%, y aun en los eventos en los que la participación estatal es inferior al 50%, en tanto desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

ii. EPS PRIVADAS

- Cajas de Compensación Familiar

El funcionamiento de las Cajas de Compensación como EPS se determina en el artículo 181 de la Ley 100 de 1993, en donde se lista dentro de los tipos de EPS que pueden ser autorizadas para operar a: “c) Las entidades que por efecto de la asociación o convenio entre las Cajas de Compensación Familiar o la existencia previa de un programa especial patrocinado individualmente por ellas se constituyan para tal fin;”

Las Cajas de Compensación Familiar son, por expresa disposición legal, personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro que cumplen funciones de seguridad social. Al respecto el artículo 39 de la Ley 21 de 1982 establece:

ARTICULO 39. Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del estado en la forma establecida por la Ley.

La creación de las corporaciones referidas en esta norma se realiza, según se determina en el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995, a través de escritura pública o documento privado reconocido, siendo además un requisito de carácter constitutivo de la personería jurídica de estas entidades el registro del documento de creación ante la Cámara de Comercio.

En cuanto a la contratación adelantada por estas entidades cuando se constituyan como EPS, se encuentra que esta debe regirse por normas del derecho civil y comercial, pues si bien se trata de entidades sin ánimo de lucro pertenecientes a la seguridad social, respecto de la actividad de aseguramiento en salud desarrollan una actividad de carácter mercantil.

- **Sociedades Comerciales**

Las sociedades comerciales corresponden a una categoría de persona jurídica que se constituye o bien por un contrato¹⁷ o por un acto unilateral que conste en documento privado

¹⁷ **ARTÍCULO 98. CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA.** Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio¹⁸ en el caso de la sociedad por acciones simplificada. La finalidad de las sociedades comerciales es la repartición de las utilidades obtenidas en una empresa o actividad social.

En tanto las actividades económicas organizadas para la prestación de servicios y por ende la actividad de aseguramiento que desarrollan las EPS constituidas por sociedades comerciales se encaja dentro del concepto de empresa¹⁹ definido en el Código del Comercio, de conformidad con lo establecido por esta codificación²⁰, la actividad contractual de estas entidades se registrará por la ley comercial y la legislación civil en los casos en que no pudieran regularse los asuntos por las disposiciones específicas comerciales o por analogía de las propias normas mercantiles según lo previsto en el mismo Código de Comercio.

¹⁸ Ley 1258 de 2008.

“**ARTÍCULO 5o. CONTENIDO DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN.** La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente: (...)”

¹⁹ **ARTÍCULO 25. EMPRESA - CONCEPTO.** Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

²⁰ Los artículos 1º y 2º del Código del Comercio establecen:

ARTÍCULO 1o. APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se registrarán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

ARTÍCULO 2o. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

- **Empresas de economía solidaria y cooperativas**

La Ley 454 de 1998 define a las entidades de economía solidaria a partir de su finalidad, estableciendo que se trata de un conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas sin ánimo de lucro para el desarrollo del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía, disponiendo en su artículo 2º:

“ARTICULO 2o. Definición. Para efectos de la presente ley denominase Economía Solidaria al sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía.”

Dentro de las entidades de economía solidaria se cuentan las asociaciones mutualistas y las cooperativas, lo anterior de conformidad con lo definido en el Párrafo. 2º del art. 6, la ley 454 de 1998 que establece:

“Parágrafo 2o. Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo.”

Estas entidades se encuentran determinadas dentro de listado de potenciales autorizadas para funcionar como EPS en el artículo 181²¹ de la Ley 100 de 1993, y deben atender pese a la ausencia de ánimo de lucro que define su actividad, la normatividad del derecho civil y comercial en sus procesos de contratación, de conformidad con las reglas determinadas en los artículos 1º y 2º del Código del Comercio al constituir el aseguramiento en salud un asunto eminentemente mercantil.

3.2.3 PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD

²¹ **ARTÍCULO 181. TIPOS DE ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** La Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como Entidades Promotoras de Salud, siempre que para ello cumplan con los requisitos previstos en el artículo 180, a las siguientes entidades:

(...)

g) Las organizaciones no gubernamentales y del sector social solidario que se organicen para tal fin, especialmente las empresas solidarias de salud, y las de las comunidades indígenas;

h) Las entidades privadas, solidarias o públicas que se creen con el propósito específico de funcionar como Entidad Promotora de Salud.

La prestación de servicios de salud puede ser provista por personas jurídicas y naturales que cuenten con una habilitación previa²², que consiste según se determina en el artículo 56²³ de la Ley 715 de 2001, en la inscripción de los servicios a ser prestados ante el Ministerio de Salud y Protección Social o ante la entidad que este delegue, previa la demostración de las condiciones de capacidad tecnológica y científica, suficiencia patrimonial y de capacidad técnico– administrativa determinadas por el reglamento.

A diferencia de las EPS que son entidades exclusivas del SGSSS, los PSS si bien se definen en la Ley 100 de 1993 como actores de este sistema, una vez obtienen la habilitación para prestar servicios pueden desarrollar su objeto social no solo dentro del SGSSS, sino que también mediante la venta particular de servicios de salud a personas naturales, a las instituciones que ofertan Planes Adicionales de Salud (aseguradoras y empresas de medicina prepagada) y a los compradores de los regímenes especiales y exceptuados en salud que se determinan en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

²² La prestación de servicios de salud conlleva un riesgo social y por ende se enmarca en el ejercicio de aquellas profesiones u oficios para las cuales a nivel constitucional se autoriza la exigencia de títulos de idoneidad. Al respecto el art. 26 constitucional establece:

“ARTICULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”

²³ **ARTÍCULO 56. DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ESPECIAL DE LAS ENTIDADES DE SALUD.** Todos los prestadores de servicios de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o nivel, de complejidad deberán demostrar ante el Ministerio de Salud o ante quien éste delegue, la capacidad tecnológica y científica, la suficiencia patrimonial y la capacidad técnico– administrativa, para la prestación del servicio a su cargo.

Esta claridad resulta relevante en tanto los PSS se vinculan al SGSSS o bien cuando deben realizar la atención de urgencias²⁴ de un afiliado, o a través del contrato de prestación de servicios de salud celebrado con las EPS. Cuando media la celebración de un contrato, dicha relación implica más allá del cumplimiento de las prestaciones establecidas en el mismo en favor de los contratantes, el cumplimiento de los objetivos de un sistema que trasciende la simple relación de negocio entre las partes.

Profesionales independientes de salud

La prestación directa de servicios de salud por las personas naturales se enmarca en el ejercicio de las profesiones liberales²⁵, y se refiere para efectos de este estudio a la contratación no laboral de la prestación bajo la autonomía técnica e infraestructura propia, de los servicios habilitados por estos profesionales de la salud.

²⁴ El art. 14 de la LES reitera que la para la atención de urgencias no se requiere de un convenio previo entre la EPS de afiliación y el PSS:

ARTÍCULO 14. PROHIBICIÓN DE LA NEGACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. (...)

²⁵ Diccionario RAE

Liberal.

7. adj. Dicho de una profesión: Que consiste principalmente en una actividad intelectual y requiere un título académico para su ejercicio.

Para efectos del análisis de la contratación celebrada por estos profesionales, es importante considerar que de conformidad con lo determinado por el Código del Comercio, la prestación de servicios como la medicina no se considera un acto mercantil. Al respecto el numeral 5° del precitado artículo dispone:

ARTÍCULO 23. <ACTOS QUE NO SON MERCANTILES>. No son mercantiles:

- 1) La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;
- 2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;
- 3) Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;
- 4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y
- 5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.

Respecto de la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, la Superintendencia de Industria y Comercio se expresó en concepto 00216052 del 23 de marzo de 2000, de la siguiente manera:

“(…) El Código de Comercio establece que no serán actos mercantiles aquellos que se refieran a la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales (…) De otra parte, el Código Civil señala que las obras materiales o en que predomina la inteligencia se sujetan a lo señalado por los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059, lo que nos permite pensar que este tipo de obras se sujetan al régimen civil y no al mercantil (…)”

Visto lo anterior, puede entonces afirmarse que la contratación de estos profesionales con las EPS, si se mira exclusivamente desde la óptica del prestador – en atención a su naturaleza jurídica - y en cuanto al régimen jurídico aplicable debe determinarse por la normatividad del Código Civil.

Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud

En el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, relativo a las características del SGSSS, se enuncian las distintas categorías de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que pueden encontrarse:

“ARTICULO. 156- Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:

(...)

i) Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las instituciones prestadoras de servicios de tipo comunitario y solidario;(…)”

Dentro de estas categorías, cuya naturaleza jurídica resulta coincidente con la de las entidades públicas y privadas ya analizadas en el aparte correspondiente a las EPS– entidades sin ánimo de lucro y sociedades comerciales - , debe destacarse una entidad de carácter especial y de creación legal que se organiza para la prestación de servicios de salud por las entidades públicas de orden nacional y territorial, la Empresa Social del Estado.

Empresas Sociales del Estado

Se encuentra establecido a nivel legal que la Nación y las entidades territoriales pueden efectuar la prestación directa de servicios de salud a través de la creación de una categoría especial de entidad pública que se denomina Empresa Social del Estado – ESE -, y que se define en la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

“ARTICULO. 194.-Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

Ahora bien, en cuanto al régimen de contratación se establece en la propia Ley 100 que pese a su naturaleza pública, estas entidades no se sujetan en la contratación derivada de la venta de los servicios de salud al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, sino que al derecho privado disponiéndose:

“ARTICULO. 195.-Régimen jurídico.. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.(...)”

Conforme lo anterior, la referencia al derecho privado en la contratación de estas entidades con las EPS, en cuanto la venta de servicios de salud representa el desarrollo de actos

mercantiles según lo previsto en el numeral 14²⁶ del artículo 20 del Código del Comercio, se rige por la normatividad establecida en dicha codificación, no obstante la posibilidad de aplicación de las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, la utilización facultativa de este tipo de cláusulas por parte de las Empresas Sociales del Estado implica que la interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato, y aún la declaratoria de caducidad del mismo pueden ser parte del contrato de prestación de servicios de salud celebrado con una EPS, siempre que se haya pactado por las partes su inclusión, al respecto vale recordar lo expuesto por el Consejo de Estado en relación a la inclusión facultativa de cláusulas exorbitantes:

“(…) la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma "inmediata", de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera "mediata", porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin

²⁶ **ARTÍCULO 20. <ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO>**. Son mercantiles para todos los efectos legales:

14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.²⁷»

El establecimiento de cláusulas exorbitantes en la contratación EPS-PSS, si bien resulta discrecional conforme lo ya explicado, puede llegar a generar en los eventos en que la contratación de la red pública se torna obligatoria, en un punto adicional de ineficiencia en la celebración de los acuerdos necesarios para la conformación de la red de prestadores de servicios de salud.

3.3 Usuarios

La finalidad del SGSSS²⁸ se concreta en la garantía del servicio público esencial de la salud a los habitantes del territorio nacional de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006. Radicación: 25000232600020010100801(30832). Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁸ Ley 100 de 1993.

ARTICULO. 156- Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:

(...)

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;

c) Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud;

(...)

A las personas beneficiarias de este servicio, quienes son a su vez titulares del derecho fundamental a la salud se les denomina genéricamente como afiliados y responden a las siguientes categorías:

Afiliados a través del régimen contributivo (aportantes y beneficiarios)

Son fundamentalmente dos las condiciones que determinan la pertenencia de las personas al régimen contributivo, en primer lugar la capacidad de pago de una cotización²⁹ y en segundo lugar la relación familiar, civil o de dependencia³⁰, que en los términos definidos por la ley se reconoce a ciertas personas frente a los sujetos obligados al pago de dicha cotización.

Cumplidas estas condiciones, y bajo el principio de libre escogencia³¹ reconocido dentro del Sistema, el obligado a cotizar deben efectuar la elección de la entidad promotora de salud a través de la cual se materializará su afiliación y la de su grupo familiar al SGSSS.

²⁹ Ver artículos 204 y 135 de la Ley 1753 de 2015.

³⁰ **ARTÍCULO 163. BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD.** <Artículo modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:.

³¹ Ley 100 de 1993

ARTÍCULO 153. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.12 **Libre escogencia.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

Afiliados a través del régimen subsidiado

A este régimen pertenecen las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, la afiliación al SGSSS se produce de manera directa por cada individuo en tanto no se contemplan grupos familiares o beneficiarios como en el régimen contributivo y se reconoce igualmente bajo el principio de libre escogencia la posibilidad de seleccionar una entidad promotora de salud.

Los contenidos garantizados por el Plan de Beneficios en Salud para la totalidad de los afiliados al SGSSS en este régimen son idénticos a los del régimen contributivo, a partir de la expedición del Acuerdo 032 de 2012, que unificó el POS para los adultos entre 18 y 59 años del régimen subsidiado.

Derechos de los afiliados en el Plan de Beneficios de Salud

Si bien en los orígenes del SGSSS existió una diferencia entre los contenidos garantizados a los afiliados del régimen subsidiado y contributivo, en la actualidad el Plan de Beneficios en Salud³² con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS es idéntico para todos los afiliados. En este orden de ideas, una vez establecida la afiliación surgen como derechos que deben ser garantizados por el SGSSS a través de las EPS y los PSS, los siguientes:

³² Resolución 5269 de 2017 [Ministerio de Salud y Protección Social]. Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Diciembre 22 de 2017.

- Garantizar al afiliado la libre escogencia entre una oferta plural de instituciones prestadoras de servicios y/o profesionales adscritos o con vinculación laboral a la entidad promotora de salud.³³
- Garantizar al afiliado una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional.³⁴
- Como una manifestación del rol de aseguramiento atribuido a las EPS, estas entidades deber representar al afiliado en todo momento frente a los PSS.³⁵

Dada esta conjunción de derechos y obligaciones, puede afirmarse que la prestación de servicios de salud en el marco del SGSSS debe necesariamente responder a las características de disponibilidad, calidad, oportunidad e información, y que para la consecución de estos propósitos, además del cumplimiento de las previsiones normativas establecidas de manera general, el contrato de prestación de servicios de salud como instrumento a través del cual se vincula a los PSS al SGSSS resulta determinante en el logro de los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.4 Condiciones normativas del contrato EPS -PSS

³³ Ley 100 de 1993, art. 153 numeral 4.

³⁴ Ley 100 de 1993, art. 153 numeral 9.

³⁵ Ley 1122 de 2007, art. 14.

El SGSSS determinado en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y en el Decreto 780 de 2016 – Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social-, normatividad específica para la celebración de estos contratos de prestación de servicios de salud, tiene establecidas las siguientes condiciones normativas del contrato EPS - PSS:

Restricción del gasto directo y obligación de contratación con la red pública

Dentro del SGSSS³⁶ la prestación directa de los servicios de salud del plan de beneficios por parte de las EPS se encuentra restringida por la determinación de un porcentaje máximo del gasto en salud y el establecimiento de la obligación de contratación con la red pública en el caso del régimen subsidiado, de la siguiente manera:

- Se asigna a las EPS la obligación de constituir una red de prestación de servicios para sus afiliados³⁷.

³⁶ Artículo 156 literal K)

ARTICULO. 156- Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:

(...)

k) Las entidades promotoras de salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos;

³⁷ **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 correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley. (Subrayado fuera de texto original)

- Se establece un límite a la integración vertical. Las EPS no pueden prestar directamente más del 30% del gasto en salud³⁸ y deben contratar forzosamente con terceros para el cumplimiento de una de sus funciones esenciales.
- Las EPS que operan en el régimen subsidiado deben contratar con la red pública como mínimo un 60% de su gasto en salud de manera obligatoria.³⁹

La existencia de estas restricciones a la autonomía de la voluntad privada, por tratarse como se ha explicado de un servicio público esencial y la ejecución de recursos públicos se encuentra plenamente justificada al hacerse evidente la relación planteada por el artículo

³⁸ Ley 1122 de 2007

ARTÍCULO 15. REGULACIÓN DE LA INTEGRACIÓN VERTICAL PATRIMONIAL Y DE LA POSICIÓN DOMINANTE. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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. (...)

³⁹ Ibid

ARTÍCULO 16. CONTRATACIÓN EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO Y EPS PÚBLICAS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%). Lo anterior estará sujeto al cumplimiento de requisitos e indicadores de calidad y resultados, oferta disponible, indicadores de gestión y tarifas competitivas. Las Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública del Régimen Contributivo, deberán contratar como mínimo el 60% del gasto en salud con las ESE escindidas del ISS siempre y cuando exista capacidad resolutive y se cumpla con indicadores de calidad y resultados, indicadores de gestión y tarifas competitivas. (...)

333⁴⁰ de la Constitución Política, entre la libre iniciativa de los actores encargados del aseguramiento y la prestación en el SGSSS, los límites del bien común y las exigencias del interés social que plantea la garantía de un derecho fundamental como es el de la salud.

Prohibición de subcontratación

Como garantía del adecuado flujo de los recursos del SGSSS, y con el objeto de evitar la intermediación en el manejo de la Unidad de Pago por Capitación, se prevé que los prestadores solo podrán ofertar los servicios que presten directamente y que las EPS a su vez no pueden incluir en los contratos servicios que no van a ser prestados directamente por su contratista.

Esta prohibición se establece de manera expresa en el artículo 2.3.2.1.14 del Decreto 780 de 2016 que determina:

⁴⁰ **ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación

“Artículo 2.3.2.1.14. Contratos de Capitalización y Correcta Aplicación de los Recursos de la Seguridad Social. Los contratos por capitalización que celebren las EPS del régimen subsidiado y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con las instituciones prestadoras de servicios de salud, no las relevan de la responsabilidad de garantizar la adecuada prestación del servicio en su función de aseguramiento, frente al usuario y frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los terceros contratados para la prestación de servicios deberán ser entidades o personas debidamente habilitadas para cumplir estas funciones conforme al Decreto 1011 de 2007 y demás normas vigentes. En la contratación se señalarán expresamente los servicios que serán prestados en forma directa por el contratista y aquellos que de manera excepcional se prestarán por remisión a terceros.

Se considera práctica insegura, la contratación que realice una EPS del régimen subsidiado o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que esta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios.

(...)”

La excepcionalidad en la prestación de servicios establecida en el precitado artículo hace referencia a ciertos servicios de apoyo Diagnóstico y/o Terapéutico que de conformidad con el concepto de Disponibilidad⁴¹ adoptado en el Manual de Inscripción de Prestadores y

⁴¹ **Disponibilidad:** Es la posibilidad de tener o contratar un servicio, que puede funcionar por fuera de la IPS.

Habilitación de Servicios de Salud de la Resolución 2003 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social, pueden ser independientes del prestador de servicios de salud.

La restricción para la subcontratación de servicios establecida en el SGSSS es consecuente con el rol asignado a los PSS en el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, ya que estos obtienen su habilitación para la prestación de servicios de salud en el nivel de atención autorizado, y no para actuar como contratantes de servicios de salud o articuladores de las red de servicios que corresponde organizar a las EPS.

Los servicios o productos de apoyo asistencial o administrativo, podrán ser dependientes o independientes del prestador que ofrece el servicio principal declarado. En caso de ser independiente, debe mediar un contrato explícito y documentado entre las dos instituciones y un acuerdo explícito interinstitucional de los servicios o productos en los que el servicio de apoyo soporta el servicio principal declarado, la calidad con la que se entregarán los productos, los procedimientos para la atención de los pacientes, los tiempos de obtención de los productos y la interventoría de parte del contratista con el fin de garantizar la seguridad del resultado del proceso contratado.

El servicio de apoyo Diagnóstico y/o Terapéutico podrá estar localizado dentro o fuera de las instalaciones del prestador que ofrece el servicio principal declarado, salvo que la tabla de detalle por servicios del presente estándar especifique lo contrario.

Para efectos del glosario en el Sistema Único de Habilitación los servicios se abordan de la siguiente manera:

Servicio independiente: Son los servicios de apoyo diagnóstico o terapéutico que ostenta patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa, presupuestal y financiera y cuenta con una dirección y orientación autónoma, prestando sus servicios al público en general o a la Institución que lo solicite. El servicio podrá estar localizado dentro o fuera de las instalaciones de un prestador, salvo que la tabla de detalle por servicios especifique lo contrario.

Servicio dependiente: Es aquel que desde el punto de vista institucional, patrimonial, administrativo, laboral, técnico, científico, presupuestal y financiero, constituye una unidad integral con la institución a la cual pertenece.

El proceso de alimentación deberá cumplir con la normatividad vigente y contar con las licencias, permisos o conceptos que le correspondan.

Mecanismos de pago aplicables al contrato

La determinación del mecanismo para remunerar los servicios comprendidos dentro del contrato se deja, con excepción del pago por capitación, a la libre determinación de las partes. Esta previsión es consecuente con la concepción del SGSSS como un esquema en el que el aseguramiento se garantiza por las EPS y con la finalidad de evitar la transferencia del riesgo financiero hacia los PSS pues debe recordarse que la capitación conlleva en esencia la transferencia de los riesgos financieros y de salud de la población. Este mecanismo de pago se define por Ramón Abel Castaño Y de la siguiente manera:

“La capitación tradicional consiste en que el pagador le entrega al prestador una suma fija por persona al mes (o al año), para que el prestador cubra las necesidades de atención en salud del individuo durante dicho periodo. El monto de la capitación se puede establecer, bien en términos de un porcentaje de los recursos per cápita que recibe el pagador, o bien independientemente de esto. (...)”⁴²”

La capitación por lo tanto se encuentra restringida a la contratación de servicios de baja complejidad de conformidad con lo dispuesto de manera expresa por el artículo 52⁴³ de la Ley 1438 de 2011.

⁴² Ramón Abel Castaño Y. Capitación Tradicional. Modelos de Contratación en Servicios de Salud 2014. Pág. 62. ACEMI.

⁴³ **Artículo 52. Contratación por capitación.** Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.

Plazos de pago en el contrato

La oportunidad en el pago de los servicios del contrato de salud se encuentra establecida en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007⁴⁴ de la siguiente manera:

Pago por capitación: Mes anticipado en un 100%

Otras modalidades como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico:

Como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación.

52.2 La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo.

52.3 La contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, se deberá hacer con fundamento en indicadores y evaluación de resultados en salud.

Parágrafo transitorio. Se podrá hacer contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, sobre la base de indicadores de resultados basados en la estrategia de Atención Primaria en Salud y rendición pública de cuentas, hasta el año 2013.

⁴⁴ **ARTÍCULO 13. FLUJO Y PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS.** Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

(...)

d) <Ver Notas del Editor> Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes^{<1>}, 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;

Incrementos del valor del contrato

El incremento de los valores de los servicios de salud acordados en los contratos celebrados por las EPS y los PSS también es objeto de regulación en el SGSSS, a través del establecimiento de criterios que condicionan el aumento de estas tarifas con relación a los aumentos determinados en la Unidad de Pago por Capitación – UPC, por factores distintos a inclusiones o actualizaciones del Plan de Beneficios en Salud.

Dentro de estos criterios obligatorios que se determinan en el artículo 2.5.3.5.2⁴⁵ del Decreto 780 de 2016, y que deberán aplicarse a más tardar dentro de los 30 días siguientes al ajuste

⁴⁵ **ARTÍCULO 2.5.3.5.2. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DEL INCREMENTO EN EL VALOR DE LOS SERVICIOS DE SALUD.** Los incrementos a que refiere el presente Capítulo, deberán realizarse con sujeción a los siguientes criterios:

1. El incremento se aplicará sin excepción a todas las IPS públicas o privadas.
2. Los incrementos que se efectúen deberán ser equitativos, de manera que a servicios homogéneos y de igual calidad, el incremento sea igual.
3. Las negociaciones pueden hacerse de manera global o de manera individual con cada IPS teniendo en cuenta los servicios y demás suministros que prestan.
4. El incremento deberá guardar proporcionalidad con el ajuste que se reconozca para mantener el valor adquisitivo de la UPC sin tener en cuenta el incremento derivado de nuevos servicios que se pudieran incluir en el plan de beneficios por parte del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.
5. Los términos de la negociación deberán observar el régimen de control de precios que señale la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMD).
6. Para el incremento de los contratos de capitación en los que se pacte como pago un porcentaje de la UPC, deberá excluirse el incremento de la UPC que corresponda a actualizaciones al plan obligatorio de salud, toda vez que la EPS con cargo a este incremento deberá financiar las nuevas prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

efectivo de la UPC, se destacan la exigencia de efectuar incrementos a todas las IPS de la red de prestadores y la exigencia de que este incremento sea proporcional con el ajuste al incremento por poder adquisitivo de la UPC. En los eventos en que no se apliquen los ajustes en el plazo previamente establecido se determina la aplicación del mismo porcentaje definido por el Ministerio de Salud y Protección Social para recuperar el valor adquisitivo de la UPC.

Condiciones mínimas de los contratos

Si se considera que de la simple existencia de cualquier contrato se pueden derivar cosas esenciales, accidentales y de su naturaleza, tal como se establece en el artículo 1501⁴⁶ del Código Civil, se encuentra que a nivel reglamentario el SGSSS, al determinar las condiciones mínimas que deben incorporarse en los contratos de prestación de servicios de salud contempló requisitos que van desde elementos esenciales como la determinación de los servicios y las tarifas, hasta otros elementos técnicos sobre la información de la población objeto y el funcionamiento de los sistemas de referencia y contrarreferencia para la remisión de los pacientes a ser atendidos por los prestadores de servicios de salud. Sobre estas condiciones se establece en el Artículo 2.5.3.4.6 del Decreto 780 de 2016 lo siguiente:

(Artículo 2o del Decreto 1464 de 2012)

⁴⁶ **ARTICULO 1501. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos.** Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

“Artículo 2.5.3.4.6. Condiciones mínimas que deben ser incluidas en los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios. Independientemente del mecanismo de pago que se establezca en los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios, estos deberán contener, como mínimo los siguientes aspectos:

1. Término de duración.
2. Monto o los mecanismos que permitan determinar el valor total del mismo.
3. Información general de la población objeto con los datos sobre su ubicación geográfica y perfil demográfico.
4. Servicios contratados.
5. Mecanismos y forma de pago.
6. Tarifas que deben ser aplicadas a las unidades de pago.
7. Proceso y operación del sistema de referencia y contrarreferencia.
8. Periodicidad en la entrega de Información de Prestaciones de Servicios de Salud, RIPS.
9. Periodicidad y forma como se adelantará el programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisoría de cuentas.
10. Mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades.

11. Mecanismos para la solución de conflictos.

12. Mecanismos y términos para la liquidación o terminación de los acuerdos de voluntades, teniendo en cuenta la normatividad aplicable en cada caso. (...)”

3.5 Conclusiones tercera parte

Como puede advertirse, el camino regulatorio adoptado en la contratación de servicios de salud es el establecimiento de los elementos mínimos que las EPS y los PSS deberán incorporar en sus contratos, sin embargo dada la existencia de múltiples prohibiciones e imperativos legales que recaen sobre estas relaciones contractuales, el disímil poder de mercado entre los contrayentes, la asimetría de la información sobre la población objeto y la necesidad de generar eficiencias en la vinculación de los PSS que atenderán a los afiliados del sistema, la simple indicación a los actores sobre los elementos a considerar pareciera no ser la mejor fórmula regulatoria.

De otro lado ante la naturaleza jurídica disímil de los actores involucrados en la contratación la remisión normativa a las normas que en materia de contratación resulten aplicables según la naturaleza jurídica de los contratantes se constituye en una fórmula confusa y contradictoria. La solución de los vacíos normativos del sistema debe fundarse en normas generales que no agreguen elementos adicionales de dificultad a la interpretación de los contratos y la solución de las potenciales controversias que se llegaren a presentar.

Capítulo 4. Propuesta de regulación del contrato de prestación de servicios de salud entre EPS y PSS – elementos esenciales

Los vacíos normativos son sin duda, además de una constante en el ordenamiento jurídico, un asunto que debe ocupar la atención del Estado regulador. Si bien la regulación deficiente o insuficiente puede ser superada a través de un ejercicio interpretativo del operador, no es menos cierto que la falta de claridad afecta la seguridad jurídica y la eficiencia en el ejercicio de cualquier actividad pública o privada. Frente a este asunto particular resulta útil recordar lo manifestado por José Lois Estevez que plantea:

“(…) supongamos que, ante una laguna de la ley, el jurista quiere efectuar una movilización expansiva del ordenamiento jurídico, tendente a subsanarla y suplirla. Para salvar la omisión del legislador y llenar el «claro» hay que «estirar» y hacer dar de sí otras normas distintas. Más ¿cuáles? Es patente que, repugnando el Derecho toda arbitrariedad, la elección no puede quedar entregada al capricho. Alguna regla deberá darse para poner a cubierto la cordura y la coherencia lógica del ordenamiento positivo: esto se comprende sin dificultad; pero el caso es descubrir dicha regla. (…)⁴⁷”

Las reglas pueden complementar los vacíos de la norma, sin embargo, por tratarse de contratos celebrados dentro de un sistema autónomo como el de la seguridad social, la

⁴⁷ Sobre el Concepto de Naturaleza Jurídica. [file:///C:/Users/dvillare/Downloads/Dialnet-SobreElConceptoDeNaturalezaJuridica-2057273%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/dvillare/Downloads/Dialnet-SobreElConceptoDeNaturalezaJuridica-2057273%20(1).pdf)

pregunta que surge es ¿qué reglas deben aplicarse? Y si acaso las del derecho comercial o civil en materia de contratación ¿en qué orden de prevalencia deberán aplicarse? Cabe preguntarse además sí, en un sistema tan complejo como el constituido por el SGSSS, en donde se encuentra de por medio la necesidad de garantizar la atención de casi 50 millones de afiliados, y que implica la celebración de miles de contratos que deben terminar o iniciar bajo una dinámica que no permite grandes dilaciones, lo más conveniente es permitir que las partes se auto regulen conforme a unas reglas generales que no se encuentran claramente determinadas o si por el contrario la estandarización y adopción de reglas completas para la contratación por parte del regulador constituye la mejor elección.

Con el contexto previamente planteado a la vista, se propone como fórmula para mejorar la eficiencia en la prestación del servicio de salud garantizado por el SGSSS y el manejo de los recursos públicos que concurren en su financiación, un acercamiento al contrato de condiciones uniformes su justificación y elementos a considerar.

4.1 Contrato de condiciones uniformes – CCU

El contrato de condiciones uniformes surge por la necesidad de imponer a una gran cantidad de consumidores un contrato realizado sobre la base de un modelo previamente determinado, que puede ser tomado o rechazado por el contratista. Esta condición predicable de los mercados que implican la producción en serie de bienes y servicios, en los que la discusión individual de todas las cláusulas contractuales genera mayores costos e ineficiencias en la actividad empresarial se cumple en la contratación de servicios de salud del SGSSS.

La denominación que se atribuye al CCU es explicada por Julio Cesar Cárdenas de la siguiente manera:

“se denominan condiciones generales o uniformes por cuanto tienen una forma general y abstracta para una gran posibilidad de futuros contratantes indeterminados, y la empresa no celebra los contratos en mención si no es dentro de esos lineamientos⁴⁸”

Con respecto al SGSSS, el planteamiento propuesto en este trabajo no implica, como sucede en materia de servicios públicos domiciliarios⁴⁹, que las condiciones uniformes sean definidas por las EPS o los PSS, sino que estas sean determinadas por el regulador para ser adoptadas por estos actores, pues tal como ya se ha explicado el contrato celebrado debe obedecer a las finalidades propias del sistema, e implica la ejecución de recursos públicos de destinación específica

⁴⁸ Julio Cesar Cárdenas Uribe. Contratos en el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios. Pág. 152. Universidad Externado de Colombia. 2003.

⁴⁹ Ley 142 de 1994.

ARTÍCULO 132. RÉGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.

4.2 Justificación económica

La intervención del Estado en la economía es a la vez un mandato y una facultad que se determina de forma expresa en la Constitución⁵⁰. En materia de servicios públicos el objetivo perseguido será el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes dentro de un marco de sostenibilidad fiscal. A nivel legal, el fortalecimiento del papel regulador del Estado en el servicio público esencial que se provee a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud se manifiesta entre otras normas, en el art. 5º de la Ley Estatutaria de Salud que establece:

“ARTÍCULO 5o. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

(...)

⁵⁰ El inciso 1º del art. 334 de la Constitución Política establece: **”ARTICULO 334.** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.(...)”

f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;

(...)

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables 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;

(...)"

Como puede advertirse la intervención del Estado en pro de la garantía del derecho fundamental a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el adecuado flujo de los recursos, sin dejar de lado claro está, la racionalidad económica que debe guiar cualquier intervención en un mercado, tiene un claro respaldo normativo dentro del ordenamiento jurídico nacional.

La teoría económica plantea como uno de sus postulados esenciales que los mercados normalmente constituyen un buen mecanismo para organizar la actividad económica. La intuición detrás de ese hecho parte de que las decisiones descentralizadas de los agentes económicos (sean estos empresas u hogares) se interrelacionan permitiendo la asignación de recursos, bienes y servicios, teniendo como referente principal los *precios de mercado* que dirigen la actividad económica, y, teóricamente, reflejan de manera adecuada tanto el costo social de la producción de cada bien o servicio y a la vez la valoración social de los mismos, la cual, por su parte, se determina en función de las restricciones presupuestales, los gustos,

las preferencias y el precio de los demás bienes y servicios que se encuentran disponibles en el mercado. Dentro de este marco, los hogares toman sus decisiones de consumo, eligiendo bienes y cantidades, su proveedor, de dónde obtendrán los ingresos y qué destinaciones darán a sus recursos, mientras las empresas buscan maximizar sus beneficios.

Los postulados del libre mercado de Adam Smith, parten de la idea de que la simpatía es la primera piedra en la construcción del sistema de libertad natural que garantiza que cada individuo siguiendo su propio interés contribuya al buen funcionamiento de la organización social en la medida en que permite un proceso de educación de las pasiones que lleva a que los individuos aprendan a ser sociables y a controlar su interés propio mientras simultáneamente garantiza que los individuos busquen moderar sus pasiones, lo cual lleva a una armonización natural de intereses, lo que haría menos sensible la necesidad de un espacio público de resolución de conflictos. Por tanto, Smith concluye con los postulados anteriores lo siguiente:

“Todo hombre, con tal de que no viole las leyes de la justicia, debe quedar en perfecta libertad para perseguir su propio interés como le plazca, dirigiendo su actividad e invirtiendo sus capitales en concurrencia con cualquier otro individuo o categoría de personas⁵¹”.

⁵¹ Adam Smith. Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Pág. 612. Fondo de Cultura Económica. (1982)

Sin embargo, como salta a la vista, las condiciones que se requieren para la existencia de un mecanismo de coordinación automático en el que la regulación sea innecesaria distan mucho de la realidad en general, y mucho más del mercado propio del sistema de salud colombiano en particular, en tanto que dentro del esquema de aseguramiento colombiano como resultado de la regulación existente, los servicios ofertados por los actores del mercado no son precisamente homogéneos y no existe una libre concurrencia de aseguradores o prestadores del servicio de salud que permita que se presente una competencia libre y espontánea, puesto que la configuración del sistema permite que se den concentraciones de usuarios y poder de mercado, que se manifiestan incluso en la fijación de precios. Como consecuencia, los precios resultantes, analizando tan solo uno de los factores involucrados en la contratación entre EPS y PSS, no responden estrictamente a mecanismos de oferta y demanda y tienen como fundamento la existencia de una información imperfecta y asimétrica que permea de incertidumbre las transacciones y contratos que se configuran en el ámbito del mercado del aseguramiento en salud. El propio Adam Smith señaló que en determinados casos como el referente a la provisión de servicios y bienes públicos y recursos de uso común, el concepto de *mano invisible* como mecanismo de coordinación y regulación interna del mercado no era apropiado.

4.3 Impacto positivo de la intervención intensa en la contratación de servicios de salud

De acuerdo con la teoría microeconómica, las externalidades (spillovers) ocurren cuando la acción de un individuo tiene repercusiones sobre otros, es decir, cuando existen decisiones de consumo, producción o inversión que afectan a terceros que no participan directamente

en esas transacciones, por lo cual estos últimos ni pagan por ellas ni son compensados en caso de ser afectados.

Esta afectación o indefensión del usuario del SGSSS, se hace evidente cuando la celebración del contrato entre las EPS y los PSS, se aleja de las finalidades que estas entidades están llamadas a garantizar y se centra exclusivamente en la consecución del beneficio económico que pueda reportarse para las partes, en otras palabras, se trata de una falla de coordinación del mercado en la que los costos o beneficios de consumo (o producción) del bien (o servicio) no son capturados en el precio de mercado, alterando la información con la que cuentan los agentes para tomar sus decisiones económicas, y generando que los costos o los beneficios sociales (según sea el caso) no sean iguales a los costos o beneficios privados.

Por tal razón, la intervención del Estado resulta fundamental cuando se trata de la provisión y garantía de bienes y servicios públicos, y más aún cuando se trata de garantizar un derecho fundamental de los ciudadanos. De esta forma, la intervención del Estado debe compaginar simultáneamente la regulación económica y la intervención legal con el desarrollo de instituciones (de facto y de jure) que aclaren los derechos de propiedad, determinen el tipo de interacciones que se producen entre los agentes (y las condiciones de dichas interacciones) y moldeen el esquema de incentivos que subyace a las decisiones de los agentes del mercado.

Con los anteriores requerimientos en mente, un mecanismo muy importante de intervención es el establecimiento del contrato tipo a través del cual los aseguradores y los prestadores del sistema de salud colombiano realizarán sus acuerdos, en tanto los resultados de esos acuerdos (y la ejecución misma de esos arreglos privados) incide de manera directa (positiva o

negativamente) en los afiliados del sistema, que pese a ser ajenos a la transacción son los sujetos que deben recibir el respeto, la protección y la garantía de su derecho fundamental a la salud, y la efectiva provisión del servicio público esencial financiado con recursos públicos.

4.4 Elementos esenciales del CCU

Existen elementos que por corresponder a la normatividad del SGSSS o a los objetivos y principios determinados por este, resultan transversales a toda la contratación de servicios de salud entre las EPS y los PSS, sin embargo la incorporación de otros elementos adicionales provenientes de regímenes jurídicos distintos a la seguridad social resulta igualmente esencial para garantizar la correcta operación del sistema. Conforme lo anterior y de acuerdo con la revisión efectuada en el presente trabajo el contrato de condiciones uniformes del SGSSS debe contemplar en su clausulado:

Objeto

El objeto de estos contratos es la prestación a los afiliados de la EPS de los servicios de salud previamente determinados por las partes.

Población objeto

La población objeto será la afiliada a la EPS, y para los mecanismos de pago diferentes al pago por evento, la incluida mensualmente en los listados entregados al PSS.

Mecanismo de pago

El mecanismo de pago, que siempre estará ligado a la complejidad de los servicios a contratar, deberá determinarse en la minuta correspondiente. No se podrán capitalizar servicios distintos a los de baja complejidad.

Plazo de pago

El plazo de pago por existir definición legal, corresponderá según la modalidad determinada por las partes a cualquiera de las alternativas establecida en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.

Servicios incluidos

La determinación de los servicios incluidos dentro del contrato, si bien se encuentra dentro de los elementos sujetos a la libre determinación de las partes, debe hacerse bajo un estándar común de identificación que corresponde a la codificación única de procedimientos en salud - CUPS- que corresponde en su última versión a la Resolución 5171 de 2017. Ministerio de Salud y Protección Social.

Calidad en la prestación del servicio

El contrato EPS-PSS se ajusta a la definición del contrato oneroso que se efectúa en el artículo 1497⁵² del Código Civil Colombiano, en cuanto el mismo tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes. Dado lo anterior, y por estar los roles de aseguramiento y prestación claramente determinados en el SGSSS, las fallas en la prestación de los servicios de salud contratados, siempre que estas correspondan a la gestión y manejo de los prestadores, hacen a estos responsables hasta por la culpa leve, entendida como aquella que se deriva de la negligencia u omisión de los cuidados y precauciones usados habitualmente por la gente prudente, de conformidad con lo determinado por el artículo 1604 del Código Civil Colombiano que establece:

ARTICULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

En un estudio puntual sobre los Costos de la NO calidad en la Prestación de la Salud⁵³ en una clínica de la Ciudad de Cali en el periodo enero – junio de 2014, se pudo determinar que se

⁵² **ARTICULO 1497. <CONTRATO GRATUITO Y ONEROSO>.** El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

⁵³ QUINTERO, Bárbara; Quiroga Francisco; Sánchez Melissa. Costos de la NO calidad en la Prestación de la Salud, relacionados a reportes de eventos adversos. Santiago de Cali. 2015. Trabajo de grado Presentado Para Obtener El Titulo De Especialistas en Administración en Salud Universidad Católica de Manizales, Cali. Pág. 50.

generó por este concepto un costo adicional del 3,3% en la facturación de servicios. Si bien estos resultados no pueden ser extrapolados a la generalidad de los contratos, se considera que cuando las atenciones necesarias se deriven de eventos evitables o situaciones provenientes de la negligencia del prestador, este debe ser corresponsable por los costos que generen las atenciones adicionales que requiera el afiliado/paciente. Para la garantía de este propósito la inclusión de una cláusula especial de responsabilidad por los costos de la No Calidad en Salud/ eventos adversos prevenibles⁵⁴, puede ser incorporada al contrato de condiciones uniformes del SGSSS

Cláusula de terminación – preaviso

La terminación de un contrato de prestación de servicios de salud, si bien materializa el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, deriva en la interrupción de la continuidad⁵⁵ en la prestación del servicio de los afiliados y la posible negación del servicio

⁵⁴ **EVENTO ADVERSO PREVENIBLE:** Resultado no deseado, no intencional, que se habría evitado mediante el cumplimiento de los estándares del cuidado asistencial disponibles en un momento determinado.

Definición contenida en la GUÍA TÉCNICA “BUENAS PRÁCTICAS PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE EN LA ATENCIÓN EN SALUD” Versión 2.0 Ministerio de Salud y Protección Social.

⁵⁵ La Ley Estatuaria de Salud determina la continuidad dentro de los principios del derecho fundamental a la salud:

ARTÍCULO 6o. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

(...)

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;

cuando los servicios contratados se habilitan de manera exclusiva por el prestador. Por estas razones, debe contemplarse un periodo prudencial de preaviso para la terminación de los contratos restringiendo la posibilidad de terminación inmediata de los mismos.

Resolución de conflictos

El Sistema debe propender por el arreglo directo de las controversias surgidas del contrato, dado lo anterior es deseable la inclusión de mecanismos de arreglo directo de las controversias contractuales, como requisito previo al sometimiento de las controversias a instancias judiciales o arbitrales.

Equilibrio económico

Partiendo del concepto de que este tipo de contrato no se encuadra exactamente en los tipos del contrato estatal, civil o comercial, y que por esta razón las figuras establecidas en el Código del Comercio y la Ley 80 de 1993 para preservar el equilibrio económico del contrato, a saber el artículo 868 – Teoría de la Imprevisión - ; artículo 871 – principios de buena fe y equidad del Código de Comercio, y el artículo 27⁵⁶ de la Ley 80 de 1993 sobre la

⁵⁶ **Artículo 27. De la Ecuación Contractual.** En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar

ecuación contractual no son claramente aplicables, es deseable que dentro de las estipulaciones contractuales del contrato de condiciones uniformes se establezca una cláusula de garantía del equilibrio financiero en tanto se determine una fórmula legal que remita o integre dichas disposiciones,.

El mantenimiento del equilibrio económico resulta particularmente sensible en los contratos de capitación, y en todos aquellos en los que el conocimiento del estado de salud de la población sea determinante para establecer el precio a pagar. Debe quedar además expresamente consignada la posibilidad de revisar⁵⁷ el contrato por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato.

.Remisión a la contratación comercial y civil

La contratación de servicios de salud en el SGSSS pese a ser objeto de regulación en diversos aspectos, adolece de una regla como la que si se establece frente al contrato de servicios

las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

⁵⁷ **Código del Comercio. ARTÍCULO 868. <Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias>**. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea

públicos domiciliarios en el artículo 132⁵⁸ de la Ley 142 de 1994. La regla adoptada en el SGSSS sobre la normatividad aplicable es confusa, pues al referir a la naturaleza jurídica de las partes, que como ya se explicó puede ser diversa, no otorga claridad sobre la normatividad que debe complementar esta contratación.

Por lo anterior resulta deseable la inclusión de una cláusula en donde se defina que además de lo dispuesto de manera específica por la ley y las condiciones especiales definidas en el CCU del SGSSS, el contrato se regirá por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

⁵⁸ **ARTÍCULO 132. RÉGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS.** El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.

CONCLUSIONES

El contrato de prestación de servicios de salud entre las EPS –PSS, desarrolla un conjunto autónomo de principios, normas, procedimientos y recursos organizados para la consecución de finalidades específicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no obstante lo anterior, no existen reglas de derecho claras para determinar cómo se complementarán los vacíos respecto de la celebración y ejecución de los contratos en lo no previsto por la normatividad propia del sistema o por las partes.

El contrato de prestación de servicios de salud constituye un instrumento de naturaleza especial a través del cual se vinculan los PSS al SGSSS, por lo anterior y en interés del propio sistema, es deseable que en dicho negocio jurídico se determinen con claridad las responsabilidades de estos actores frente al sistema y los usuarios.

El CCU de prestación de servicios de salud permite reflejar, más allá del interés particular de las partes involucradas en la contratación, los intereses y objetivos del SGSSS frente al cumplimiento de la garantía de la atención en salud de los afiliados del sistema y la correcta inversión de los recursos asignados al mismo.

El CCU dada su uniformidad garantiza que cualquier prestador que se vincule al SGSSS, por intermedio de cualquiera de las EPS autorizadas para operar dentro del mismo, cuente con la certeza sobre sus deberes y el desenvolvimiento del vínculo económico a establecer. Esta misma circunstancia tiene el potencial de disminuir la selección adversa que por intereses comerciales los PSS puedan realizar frente a determinados aseguradores, en detrimento de

su población afiliada, e igualmente los tratos que constituyen preferencias injustificadas de ciertos aseguradores frente a los PSS.

La remisión a la normatividad comercial y civil en la contratación de servicios de salud, permite otorgar claridad en la resolución de las eventuales disputas que se susciten, a falta de una previsión legal como la determinada por la Ley 142 de 1994 en materia de servicios públicos domiciliarios, la remisión contractual-regulatoria a dicha normatividad, permite subsanar las dificultades que en la actualidad se presentan.

La adopción de un contrato de condiciones uniformes disminuye los costos de “negociación y decisión”, la negociación se centrará en los servicios a contratar y el valor asignado a estos, disminuyendo la discusión sobre aspectos que se determinan previamente por el SGSSS en favor de los afiliados y garantizando la correcta inversión de los recursos.

El contrato de condiciones uniformes en la contratación de prestación de servicios de salud tiene el potencial de disminuir los "costos de vigilancia y de ejecución", así como las cláusulas son univocas también lo será su interpretación. Este beneficio resulta particularmente evidente en los eventos derivados de la responsabilidad por fallas en la calidad de la prestación.

BIBLIOGRAFÍA

Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho Colombiano de la Seguridad Social. 1ª Ed, LEGIS Editores S.A.

Cortés González, Juan Carlos. Derecho de la Protección Social. Ed., LEGIS Editores S.A. (2009)

López Villegas, Eduardo. Seguridad Social Teoría Crítica. Tomo 1. Ed. Sello Editorial. (2011)

Adam Smith. Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Fondo de Cultura Económica. (1982)

Fernando Ruiz Gómez ET AL, Precios y contratos en salud Estudio indicativo de precios y análisis cualitativo de contratos. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/PRECIOS%20Y%20CONTRATOS%20EN%20SALUD.pdf>

Gerard Marcou y Franck Moderne. Derecho de la Regulación, los Servicios Públicos y la Integración Regional Tomo 1. Editorial Universidad del Rosario, 2009.

Molina Marín, Gloria ET AL. Características de la contratación entre aseguradores y prestadores de servicios de salud, Medellín, 2007-2008. Revista Gerencia y Políticas de Salud, Bogotá (Colombia), enero-junio de 2010. At 103-115.

Cetina Vargas, Oswaldo. Derecho integral seguridad social. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Carlos Alberto Atehortua Rios. Servicios Públicos Domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Universidad Externado de Colombia. (2006).

Julio Cesar Cárdenas Uribe. Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Universidad Externado de Colombia. 2003.

Revista TRABAJO, N.º 67, DICIEMBRE 2009, Organización Internacional del Trabajo. OIT.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. DO. No. 41.148.

Ley 1122 de 2007. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad en Salud.

Decreto 4747 de 2007. [Ministerio de la Protección Social]Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 7 de 2007.

Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. 19 de enero de 2011. DO. No. 47.957.

Concepto Ministerio de Salud y Protección Social. Radicado No.: 201511201101101. 24 de junio de 2015.

Cárdenas, Juan Camilo. (2009). Dilemas de lo colectivo: instituciones, pobreza y cooperación en el manejo local de los recursos de uso común. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Economía, CEDE, Edición Uniandes.

Krugman, P.R. & Wells, R. (2006). Microeconomía. Barcelona: Editorial Reverté

Mankiw, N.G. Principios de Economía. McGrawHill

McCormick, K., Richter, J.L. & Pantzar, M. (2015). Greening the Economy Compendium. Lund University.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2018). Boletín de Seguridad Social – II Semestre 2017 – Volumen No. 9.

Ministerio de Salud y Protección Social (2017). Estudio de suficiencia y de los mecanismos de ajuste de riesgo para el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación para garantizar el Plan de Beneficios en Salud para el año 2018. Informe a la Comisión asesora de beneficios, costos, tarifas y condiciones del aseguramiento en salud.

Theis, T. & Tomkin, J. (Editores). Sustainability: A Comprehensive Foundation. Disponible en <<http://legacy.cnx.org/content/col11325/1.43/>>

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. DO. No. 41.148.

Ley 1122 de 2007. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad en Salud.

Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. 19 de enero de 2011. DO. No. 47.957.

SENTENCIAS

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Septiembre 25 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1027/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: noviembre 27 de 2002).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 1100131030372007-00467-01 (M.P. Fernando Giraldo Gutierrez; 17 de septiembre de 2013)

TESIS DE GRADO

QUINTERO, Bárbara; Quiroga Francisco; Sánchez Melissa. Costos de la NO calidad en la Prestación de la Salud, relacionados a reportes de eventos adversos. Santiago de Cali. 2015. 55 pág. Trabajo de grado Presentado Para Obtener El Título De Especialistas en Administración en Salud Universidad Católica de Manizales, Cali.