

Bogotá D.C., 02 de octubre de 2023

Señor

GERMÁN BLANCO ÁLVAREZ

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad

REF: Informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 05 de 2023 Senado. “Por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a ajustar y fortalecer el sistema general de seguridad social en salud, garantizar a toda la población el derecho fundamental a la salud consagrado en la ley 1751 de 2015, mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuario y garantizar la sostenibilidad del sistema de salud”, acumulado con el Proyecto de Ley No. 086 de 2023 Senado. “Por la cual se modifica la Ley 1751 de 2015 y se dictan otras disposiciones en materia de salud y seguridad social en salud”.

Señor Presidente,

En uso de las facultades conferidas por la Constitución Política y la Ley 5 de 1992, se presenta a consideración de la Honorable Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República el informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 05 de 2023 Senado. “Por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a ajustar y fortalecer el sistema general de seguridad social en salud, garantizar a toda la población el derecho fundamental a la salud consagrado en la ley 1751 de 2015, mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuario y garantizar la sostenibilidad del sistema de salud”, acumulado con el Proyecto de Ley No. 086 de 2023 Senado. “Por la cual se modifica la Ley 1751 de 2015 y se dictan otras disposiciones en materia de salud y seguridad social en salud”.

Cordialmente,

ARIEL ÁVILA
Senador de la República
Ponente

CLARA LÓPEZ OBREGÓN
Senadora de la República
Ponente

JULIAN GALLO
Senador de la República

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE

PRIMERA VUELTA

Proyecto de Ley No. 05 de 2023 Senado. “Por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a ajustar y fortalecer el sistema general de seguridad social en salud, garantizar a toda la población el derecho fundamental a la salud consagrado en la ley 1751 de 2015, mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuario y garantizar la sostenibilidad del sistema de salud”, acumulado con el Proyecto de Ley No. 086 de 2023 Senado. “Por la cual se modifica la Ley 1751 de 2015 y se dictan otras disposiciones en materia de salud y seguridad social en salud”

I. OBJETO:

Por medio de los presentes se realizan ajustes al sistema de salud en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se desarrolla lo consagrado en la Ley 1751 de 2015, y se dictan medidas para garantizar a toda la población el derecho fundamental a la salud, mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuario y del talento humano en salud, y garantizar la sostenibilidad del Sistema.

II. TRÁMITE DEL PROYECTO

El Proyecto de Ley No. 086 de 2023 Senado. “Por la cual se modifica la Ley 1751 de 2015 y se dictan otras disposiciones en materia de salud y seguridad social en salud” fue radicado el 16 de agosto de 2023 en la Secretaría General de la Comisión Primera. El día 23 de agosto de 2023 fecha la Mesa Directiva, mediante ACTA MD 06, decide acumular esta iniciativa con el Proyecto de Ley No. 05 de 2023 Senado. “Por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a ajustar y fortalecer el sistema general de seguridad social en salud, garantizar a toda la población el derecho fundamental a la salud consagrado en la ley 1751 de 2015, mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuario y garantizar la sostenibilidad del sistema de salud” y designa como ponentes de ambas iniciativas a los HH.SS.: Carlos Fernando Motoa y Paloma Valencia – Coordinadores, Juan Carlos García, Humberto De la Calle, Julián Gallo, Fabio Amín, Clara López y Julio Elías Chagüi.

En ese orden de ideas, mediante oficio del 23 de agosto de 2023 se nos designó como ponentes para primer debate de los mencionados proyectos acumulados.

III. SÍNTESIS:

Los proyectos de ley, según su contenido, pretenden solucionar los diferentes problemas que existen en el Sistema de Salud en Colombia en materia de calidad, oportunidad e integralidad de la atención médica y en el desarrollo y formalización del talento humano.

Por consiguiente, ambos proyectos proponen desarrollar la *Ley 1751 de 2015*, la cual ha explicado el concepto de Sistema de Salud en su artículo 4.

Así las cosas, los autores plantean incorporar un sistema de elementos mínimos que intervengan en la relación de los aseguradores, prestadores, entidades territoriales y personas, tales como: un modelo de atención, la gestión integral del riesgo en salud, la planeación integral en salud pública, la interoperabilidad de la información a través de un sistema de información y el ajuste de estrategias, mecanismos y procesos, a la visión de las poblaciones en las distintas regiones del país.

Dichos ajustes, según su contenido, son transversales al fortalecimiento del esquema de aseguramiento a la prestación de servicios a través de redes y la operación de las ESE en las regiones, talento humano, y medidas orientadas a lograr la sostenibilidad financiera del sistema. El modelo de atención definido en la propuesta busca orientar el sistema hacia la prevención, promoción y mantenimiento de la salud mediante la estrategia de la gestión integral de riesgo que busca identificar, evaluar, medir, intervenir, monitorear y hacer seguimiento de los riesgos para la salud de las personas, familias y comunidades.

Por último, ambos proyectos pretenden que la Nación y las Entidades Territoriales en coordinación con las EPS y los prestadores, articulen acciones para las intervenciones en el manejo del riesgo individual. Del mismo modo, se busca establecer el pago de una parte de la UPC con base en los resultados en salud de los afiliados y metas de cumplimiento sanitarias. Por ello, el proyecto contempla extender el ámbito de competencia de la Superintendencia de Salud a todas las empresas que manejen recursos de la UPC y tomar medidas contra la posición dominante de algún actor.

IV. JUSTIFICACIÓN

El texto presentado en cuanto al objeto y alcance, como se indica en su título, pretende realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS, desarrollar la Ley 1751 de 2015, así como *“mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuarios y garantizar la sostenibilidad del Sistema”*.

En el artículo 2° se busca modificar el artículo 4° de la Ley 1751 en el sentido de realizar el cambio que se visualiza en el siguiente cuadro comparativo:

Ley 1751 de 2015	Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 4°. Definición de Sistema de Salud.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 2. Modifíquese el artículo 4 de la Ley 1751 de 2015, el cual quedará así:</p> <p>“Artículo 4. Sistema General de Seguridad Social en Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones públicas, privadas y mixtas; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles, información y evaluación, que el Estado dispone para garantizar el acceso efectivo a servicios de salud. Este sistema deberá coordinarse con el resto de las políticas públicas que afectan o</p>

	<p>intervienen los determinantes sociales de la salud para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud a toda la población.”</p>
--	--

Como elemento adicional a lo contemplado previamente en el artículo 4 de la ley estatutaria, se incluye lo dispuesto en el artículo 9 de la misma, en el sentido coordinar las políticas públicas que afecten los determinantes sociales de la salud como lo dispone la Organización Mundial de la Salud, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a toda la población; sin embargo, en realidad esta modificación no implica cambio alguno en la legislación, es decir, la propuesta ya existe en la misma norma y por el contrario, confirma la tesis de la falta de necesidad de proponer una ley de carácter estatutaria que se desarrollará en la presente ponencia. Al tenor, el artículo 9 señala:

***“ARTÍCULO 9o. DETERMINANTES SOCIALES DE SALUD.** Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud. (...)”*

El artículo 3° destaca las funciones esenciales del sistema de salud, a saber, rectoría, financiación, investigación, información, salud pública, prestación de servicios y aseguramiento que conduzcan a la reducción de inequidades, trato digno y garantía de protección financiera. En cuanto a la territorialización, en el artículo 4° se informa que el Sistema deberá funcionar reconociendo *“las distintas interacciones que se dan entre las personas y comunidades con sus espacios geográficos y sus determinantes sociales en salud más allá de las fronteras político-administrativas”*. Ya en el artículo 5° define la atención primaria en salud como aquella que *“permite lograr el acceso efectivo de todos los colombianos al sistema de salud y una herramienta de la gestión del riesgo que busca garantizar la atención e intervenciones que cada uno requiere o necesita”*.

En el capítulo II sobre gobernanza y organización del SGSSS (arts. 6° y 7°) alude a la presencia del Ministerio de Salud y Protección Social y la recomposición del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como organismo asesor.

En relación con el capítulo III de salud pública y determinantes sociales de salud (arts. 8° a 11), define dicha función esencial, modifica los elementos del Plan Decenal de Salud, los planes territoriales de salud y la coordinación intersectorial a través de la Comisión Intersectorial de Salud Pública.

Respecto del capítulo IV, gestión integral del riesgo en salud -GIRS (arts. 12 y 13), el mismo es definido como una estrategia por la cual *“se identifican, analizan y clasifican los riesgos para la salud de los individuos, familias y comunidades, con el fin de intervenirlos de forma integral, desde la prevención hasta la paliación o mitigación de sus efectos”*. En relación con los responsables de la GIRS se describen las que corresponden a la Nación y las entidades territoriales, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, las Administradoras de

Riesgos Laborales y los individuos, familias y comunidades.

En torno al aseguramiento, capítulo V (arts. 14 a 20), se describe dicha función esencial a cargo de las EPS en sus componentes de administración del riesgo financiero, la gestión integral del riesgo en salud, la gestión de la red de servicios, la garantía de acceso efectivo en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado. Se establece la afiliación al sistema, con excepción de los regímenes especiales y de excepción, a través de una EPS, así como la territorialización del aseguramiento, la existencia de una EPS en zona rural y dispersa, los componentes de la UPC, su definición y ajuste, lo que implica la modificación de las funciones en la materia para que sean compartidas con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Finalmente, se dispone el giro directo del 90% de los recursos de la UPC destinados al pago de los servicios de salud.

En el capítulo VI (arts. 21 a 31) se desarrolla lo relativo al modelo de atención en salud y de prestación de servicio, por medio del modelo de Atención Primaria en Salud (APS), con enfoque en salud familiar y comunitaria orientado a la promoción de la salud y a la gestión del riesgo. Se contempla la financiación por parte del Estado de los equipos de atención y la adscripción de la persona a un prestador primario de libre elección, que allí se define, debe ser coordinado por la EPS. Se prevé un modelo de atención diferencial para grupos étnicos y condiciones de dispersión. Como parte trascendental del modelo están las redes integrales e integradas, a cargo de las EPS que deben garantizar la suficiencia de la red y monitoreada por este Ministerio. El prestador primario incluye el contenido básico y la tecnología necesaria para una capacidad resolutive de la mayor parte de los eventos en salud. A su turno, los prestadores complementarios serán los encargados de los servicios de mediana y alta complejidad a lo que se suman los centros de excelencia, con alto aporte de tecnología y especialización.

En torno a las **Empresas Sociales del Estado**, señala que continuarán funcionando como tales pero, salvo lo previsto en el artículo 24 de la Ley 1751 de 2015 y la Ley 1966 de 2019, se exigirá su sostenibilidad financiera y solo podrá recibir subsidios de oferta cuando las condiciones de mercado no financian su actividad. Se prevé un plan decenal de fortalecimiento de las Empresas Sociales del Estado con el concurso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se plantean tipologías de Empresas Sociales del Estado, por población, régimen presupuestal, evaluación de servicios, plan de cargos, entre otros. Respecto a la designación de gerentes de estas empresas se propone regresar a un concurso de méritos realizado por la Comisión del Servicio Civil atendiendo la tipología de la mismas por un periodo de cuatro años.

En relación con el talento humano en salud (capítulo VII, arts. 32 a 34), se dispone un sistema de información para la gestión así como oferta de cupos y la prohibición de la tercerización laboral.

En torno a la financiación (arts. 35 a 38), se crea el Fondo de Garantía del Sector Salud cuyo objeto consiste *“garantizar la continuidad de prestación de servicios de salud al usuario cuando esta pueda verse amenazada por la imposibilidad de pago de obligaciones por parte de las EAPB o prestadores de servicios como resultado de problemas financieros”*. Se establece su estructura básica, junta directiva, dirección y fuentes de recursos, con aportes de EPS e IPS. Allí mismo se determina que las EPS e IPS se les aplicará el régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006.

Respecto de la Inspección Vigilancia y Control y medidas antievasión, se establecen disposiciones para la regulación de conglomerados empresariales del sector salud y facultades para la Unidad de Gestión Pensional y parafiscal y la DIAN. Finalmente, determina un periodo de transición de tres

años para la puesta en marcha del modelo de atención.

V. CONSIDERACIONES FRENTE AL TRÁMITE

En relación con las normas propuestas, procedemos a realizar el siguiente análisis, iniciando por el criterio según el cual se estaría o no en presencia de una norma de carácter estatutaria, así:

Con la presentación el 12 de febrero de 2023 por parte de la Ministra de Salud y Protección Social del proyecto ley 339 de 2023 (C) *“por medio del cual se transforma el sistema de salud en Colombia y se dictan otras disposiciones”*, se generaron una serie de controversias en torno a la propuesta, entre ellas, el carácter de esta ley y, específicamente, si la misma debía ser estatutaria.

En primer lugar, el proyecto afirma en su título que se trata de una norma estatutaria; no obstante dispone, de una manera contradictoria, que es un desarrollo de la Ley 1751 de 2015, es decir de la norma estatutaria.

En realidad, el contenido de la iniciativa no está regulando el núcleo esencial del derecho sino enfatizando la forma de organización de la salud que emergió con la Ley 100 de 1993 y con los ajustes que se han venido realizando a partir de la Ley 1122 de 2007.

Para corroborar ese argumento, es importante recordar que la iniciativa retoma, en buena medida, el proyecto de ley 10 de 2020, por medio del cual se dictan disposiciones orientadas a garantizar el Derecho fundamental a la salud dentro del Sistema General de Seguridad Social, de conformidad con la Ley 1751 de 2015, y la sostenibilidad del Sistema¹, una norma prevista como ordinaria y, en un inicio, estructurada de la siguiente manera:

- Generalidades: objeto, ámbito de aplicación, funciones esenciales del Sistema de Salud, territorialización del Sistema, garantía del derecho fundamental, integrante del sistema de salud.
- Salud Pública: Función esencial de Salud Pública, Plan Nacional de Salud Pública, Plan Básico de Promoción y Prevención y Gestión de riesgos colectivos, Planes Territoriales de Salud.
- Gestión Integral del riesgo en salud: Función de gestión del riesgo en salud, 2. Implementación de la gestión integral del riesgo en salud, Agrupador Único Nacional, Pago de las intervenciones del nivel primario.
- Aseguramiento: Función esencial del aseguramiento, Aseguradoras en Salud, Depuración del aseguramiento, Régimen único de salud, Unificación del Plan de Beneficios de Salud, Unidad de Pago por Capitación, Contribución solidaria, Territorialización del aseguramiento.
- Modelo de atención: Modelo de Atención, Prestación de Servicios en las Áreas Territoriales de Salud, Aseguramiento y prestación del servicio de salud en zonas de alta dispersión geográfica.

¹ Gaceta del Congreso 528 de 21 de julio de 2020, págs. 1 a 22

- Prestación de servicios de salud. Función esencial de prestación de servicios de salud, Integrantes de las Redes Integrales de Servicios, Prestador Primario, Prestadores Complementarios, Centros de Excelencia, Atención Integral en Red.
- Hospital público: Empresas Sociales del Estado, Requisitos mínimos para las Empresas Sociales del Estado, Requisitos generales del funcionamiento de las ESE en Redes Integrales de Atención, Política Nacional de Alianzas Público Privadas en Salud, Transformación del Instituto Nacional de Cancerología -INC.
- Transaccionalidad y mecanismos de pago: Contratación entre agentes del Sistema, Contratación de las entidades territoriales del Plan de Intervenciones Colectivas -PIC, Contratación con la red pública, Repositorio de información de acuerdo de voluntades entre agentes.
- Talento Humano en salud: Sistema de información de disponibilidad del Talento Humano en Salud, Programa Nacional para el Ingreso a especialidades clínicas, quirúrgicas y diagnósticas en medicina, Oferta de programas de especialidades clínicas, quirúrgicas y diagnósticas en medicina, Denominaciones de especialidades médicas, Currículo Único de Medicina Familiar, Programa de Formación continua en competencias en medicina general.
- Dignificación laboral del talento humano en salud: Principios para la dignificación del talento humano en salud, Prohibición de tercerización laboral para el Talento Humano en Salud, Facultades Extraordinarias.
- Financiación y sostenibilidad: Plan de estabilización y fortalecimiento del aseguramiento en salud, Programa de saneamiento financiero del SGSSS, Giro directo de la UPC, Creación y objeto del Fondo de Garantías del Sector Salud, Órganos de Dirección y Administración, Funciones del Fondo de Garantías del Sector Salud, Fuentes de recursos del fondo de garantías del sector salud, Fraude en la afiliación, Tasa por las funciones de inspección, vigilancia y control a nivel sanitario.

Al comparar ambos textos, el presentado como reforma al sistema de salud colombiano por la anterior Ministra y el texto sobre el que versa esta ponencia, se puede observar que el primero describió con gran detalle los elementos que deben ser reglamentados para garantizar el derecho fundamental a la salud. En el segundo texto, no hay ninguna mención de este nivel de detalle ni con vocación de serlo, por lo que es considerable que se eleve un cuestionamiento acerca de qué carácter tiene este Proyecto de Ley.

Ahora bien, ya entrando a revisar lo indicado por la Corte Constitucional en cuanto a las normas estatutarias, de acuerdo con el artículo 152 de la Constitución Política (adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2004), aquellas leyes que tengan que ver con la regulación de los “*derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos necesarios para su protección*” (se resalta), entre otros eventos, debe tener ese carácter². Esta clase de normas tienen

² Se destaca, entre las leyes que se han expedido como estatutarias desde la expedición de la Constitución de 1991, las siguientes: Ley 130 de 1994, estatuto de la oposición (literal c); Ley 133 de 1994, sobre libertad religiosa (literal

un trámite especial, una mayoría absoluta y una revisión previa de la Corte Constitucional (art. 153 *ib.*).

Con el fin de que no se llegue al extremo de que lo estatutario termine en el marasmo de leyes ordinarias, la Corte Constitucional ha señalado que aquellos casos en los que se restringen o limitan derechos se está en presencia de una norma de carácter estatutario.³ Ha excepcionado, sin embargo, a los tratados internacionales, cuyo trámite es especial.⁴ En cuanto a lo primero ha indicado, al referirse a la regulación del habeas corpus, lo siguiente:

En síntesis: la jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma “íntegra, estructural o completa” el derecho correspondiente.⁵

Decantado el tema en materia de la regulación de derechos fundamentales ha precisado:

De acuerdo con esa jurisprudencia y con los precedentes constitucionales anteriores a ésta⁶, puede concluirse que tal situación ocurre cuando (i) el asunto trata de un derecho fundamental y no de un derecho constitucional de otra naturaleza, (ii) cuando por medio de la norma está regulándose y complementándose un derecho fundamental, (iii) cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de los derechos fundamentales, y (iv) cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental.

En este orden de ideas, puede observarse entonces que la existencia de las leyes estatutarias tiene una función doble, identificada especialmente por medio de los criterios (ii) y (iii). Por un lado, la de permitir que el legislador integre, perfeccione, regule y complemente normas sobre derechos fundamentales, que apunten a su adecuado goce y disfrute. Y por otro, la de establecer una garantía constitucional a favor de los ciudadanos frente a los eventuales límites que, exclusivamente en virtud del principio de proporcionalidad, pueda establecer el legislador.⁷

En materia de salud, en tanto derecho fundamental, en donde las discusiones en materia de

a); Ley 134 de 1994, mod. Ley 616 de 2000, instituciones y mecanismos de participación (literal d); Ley 137 de 1994, estados de excepción (literal e); Ley 270 de 1996, mod. Ley 771 de 2002, administración de justicia (literal b), Ley 850 de 2003, veeduría ciudadanas (literal d) Ley 996 de 2005, garantías electorales (literal f), Ley 1095 de 2006, habeas corpus, Ley 1266 de 2008 sobre bases de datos en el sistema financiero (literal a), Ley 1475 de 2011, sobre funcionamiento de partidos políticos (literal c), Ley 1581 de 2012, habeas data, Ley 1618 de 2013, personas con discapacidad, Ley 1714 de 2014, transparencia e información, Ley 1751 de 2015, derecho fundamental a la salud, Ley 1755 de 2015, derechos de petición, Ley 1757 de 2015, participación ciudadana, Ley 1806 de 2016, plebiscito, Ley 1885 de 2018, estatuto de ciudadanía juvenil, Ley 1957 de 2019, estatutaria de la Justicia Especial para la Paz.

³ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-406 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-620 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁶ Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: C-567 de 1997, C – 384 de 2000, C – 670 de 2001.

⁷ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-687 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

expedición de una norma estatutaria se han producido, la Alta Corporación ha señalado⁸:

- i. La reserva de ley estatutaria debe entenderse de manera restrictiva. Las materias allí contenidas no deben ser reguladas en su totalidad a través de esa figura pues, de lo contrario, se vaciaría la competencia del legislador ordinario. Esto es claro en el caso de la regulación de derechos fundamentales.
- ii. En el caso de la regulación de los derechos fundamentales, en particular porque coexiste la ley estatutaria con la ley ordinaria, se ha indicado lo estatutario regula “solamente los elementos **estructurales esenciales de los derechos fundamentales**, y por lo tanto no tienen por objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio” (se resalta).
- iii. Lo estructurante sería el núcleo esencial que se ha traducido en “lo que signifique consagración de **límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos**”.
- iv. No obstante, debe comprender también la regulación de los aspectos principales e importantes al derecho que se regula.

Ha señalado ulteriormente:

3.7. En suma, la Constitución Política dispone las materias que deben tramitarse a través de una ley estatutaria, sin embargo, dada la amplitud de su contenido se ha determinado la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de las mismas, para no vaciar las competencias del legislador ordinario. En ese sentido, en relación con los derechos fundamentales, solo serán objeto del trámite de ley cuando (i) se actualiza o se configuran elementos estructurales de un derecho fundamental; (ii) se regulan o precisan aspectos intrínsecos a los elementos que hacen parte de su ámbito constitucionalmente protegido y que tienen que ver con su ejercicio. Y la definición sobre el núcleo esencial se ha entendido como el desarrollo en el mismo cuerpo normativo, de los elementos estructurales del derecho fundamental, sus prerrogativas, deberes, principios y limitaciones, como se explicó en forma sucinta.⁹

Estos criterios han sido reiterados, de forma análoga, en la sentencia C-212 de 2022, donde se analizó la regulación del trabajo en casa a través de la Ley 2088 de 2021 que, no obstante referirse a un derecho fundamental como lo es el trabajo, no debe ser regulado de manera, tal y como se sigue de lo siguiente:

86. Con base en los distintos elementos de juicio planteados en esta sentencia, y luego de distinguir entre la figura del trabajo en casa respecto del teletrabajo y del trabajo remoto, la Sala Plena de esta corporación concluyó que la Ley 2088 de 2021 no incurrió en un desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, en tanto que dicha

⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-791 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-147 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

categoría especial de ley no es predicable de la normativa cuestionada, pues no se está en presencia de una regulación (i) integral, estructural y completa del derecho al trabajo; (ii) no se impacta en su núcleo esencial; (iii) ni se refiere a los elementos estructurales que conduzcan a una afectación de este derecho.

187. En efecto, su alcance y ámbito regulatorio se circunscribe a disponer de una *habilitación* permanente por parte del Legislador, para que, con ocasión de la existencia de circunstancias ocasionales, excepcionales y especiales que impidan realizar las funciones en el lugar de trabajo, ya sea respecto de empleados del sector público o privado, se proceda a ejecutar la labor desde la casa o domicilio de estos últimos, bien sea que dicha forma de prestación haya sido pactada por mutuo acuerdo o se derive de la atribución de subordinación del empleador, sin que conlleve la variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación y sin modificar la naturaleza del contrato o el vínculo legal o reglamentario respectivo.¹⁰

Ha indicado, además, que los casos de leyes estatutarias son taxativos y, por ende, ni el intérprete ni el legislador pueden ampliar tales casos¹¹ ni convertir cualquier regulación de derechos fundamentales en materia de ley estatutaria¹² a salvo en materia electoral en donde, a criterio del Alto Tribunal, la regulación estatutaria debe ser exhaustiva quedando para el legislador ordinario la expedición de normas exclusivamente operativas¹³.

No sobra aludir a lo indicado en la propia sentencia C-313 de 2014 pues en ella se estableció un criterio en torno al carácter estatutario de las normas contenidas en la Ley 1751 de 2015 pues respecto de los artículos 4°, 7°, 18, 21 y 25 de la misma consideró que tales normas no son estatutarias pues no establecen *“prerrogativas básicas, ni principios que guíen el derecho, así como tampoco excepciones o limitaciones de orden general del mismo”*¹⁴ o *“[e]sta disposición se puede expedir por vía de la legislación ordinaria dado que no comporta la definición del derecho, ni limitaciones o restricciones del mismo, esto es, asuntos que la jurisprudencia haya estimado como propios del legislador estatutaria”*¹⁵, o bien, *“De manera previa a la exposición de las consideraciones respecto de la constitucionalidad de esta disposición, cabe manifestar que la misma no es propia de aquellos que deben incluirse en una ley estatutaria sino en una ordinaria, toda vez que no compromete el núcleo esencial del derecho fundamental en este caso regulado, no concede prerrogativas ni tampoco establece limitaciones en cuanto a este derecho”*¹⁶ o también, *“El enunciado legal en consideración es de la órbita del legislador ordinario, pues, no se trata de una disposición que comprometa la estructura del derecho, ni establezca límites o restricciones, o fije prerrogativas respecto del mismo”*¹⁷.

10 **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-212 de 2022, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

11 **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-498 de 1999, M.P. Hernando Herrera Vergara.

12 **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-434 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-448 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

14 **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-313 de 2014, M.P. Gabriel Mendoza Martelo, considerando 5.2.4.3.

15 *Ib.*, considerando 5.2.7.3.

16 *Ib.*, considerando 5.2.18.3.

17 *Ib.*, considerando 5.2.24.3.

De esta manera, es preciso señalar que el proyecto que se analiza no afecta la estructura básica del derecho, contenida en la Ley 1751 de 2015, no lo define ni alindera, ni establece principios o excepción que afectan su contenido esencial, sino por el contrario, pretende regular lo dispuesto en la norma de carácter estatutaria según lo señala en el objeto de la misma.

Con base en lo anterior, es trascendental reafirmar que el esquema operativo e institucional que se ha organizado con el fin de garantizar el derecho no tiene el carácter estatutario, v.gr., es un error de fundamentación plantear, por ejemplo, que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son de la esencia del derecho fundamental. Ese sofisma ya había sido evidenciado desde la sentencia T-760 de 2008 cuando se indicó lo siguiente:

4.1.1. La primera condición para poder garantizar el derecho de toda persona al acceso a los servicios de salud en los términos constitucionales (art. 49, CP) es, precisamente, que existan un conjunto de personas e instituciones que presten tales servicios. Este Sistema puede ser del tipo que democráticamente decida el legislador, siempre y cuando tenga como prioridad, garantizar en condiciones de universalidad el goce efectivo del derecho a la salud dentro de los parámetros constitucionales¹⁸.

Estas reflexiones conducen a un cuestionamiento de mayor hondura, que busca establecer qué tantas divergencia o discrepancias existen entre la ley 1751 de 2015 y la Ley 100 de 1993, así como las concepciones con las que ambas leyes fueron reformadas (Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011). Es decir, se trata de paradigmas divergentes -utilizando los términos del profesor Tomas Kuhn-, que conviven en cuatro leyes distintas que definen y regulan el derecho a la salud y lo relacionado con su funcionamiento y prestación. Por ende, no es posible sostener que toda la regulación en salud es estatutaria; el cambio de paradigma en salud se presentó con antelación en las cámaras legislativas; no obstante, fue poca la respuesta que generó. En realidad, y para lograr unificar el paradigma que regula todo lo relacionado con salud, esta discusión debió realizarse en 2015, en medio del trámite de la Ley estatutaria, y aun antes, cuando se reconoció como fundamental el derecho a la salud, lo que se formalizó en la Ley 1751 de 2015¹⁹. Allí ocurrió una modificación que, no obstante, no ha sido abordada legislativamente.

A pesar del debate que se produjo en el año 2015, la Ley 100 de 1993 y sus reformas, que están aisladas de la regulación que se estableció con la Ley estatutaria, continuaron vigentes. Lo anterior generó una divergencia normativa que tuvo en cuenta la Corte Constitucional al momento de fallar la sentencia T-760 de 2008. Sin embargo, esta decisión no declaró el estado de cosas inconstitucional sobre los asuntos relacionados con la salud y afirmó que el modelo estructurado en 1993 era susceptible de mejoras, que han sido múltiples, 14 órdenes estructurales, en pos de la garantía de acceso, principalmente. Esta decisión estratégica evitó que fuera declarada la inconstitucionalidad de la Ley 100 de 1993, que podía justificarse por las múltiples inequidades que ésta ha generado, lo que es evidente en la cantidad de tutelas

¹⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, considerando 4.1.

¹⁹ Si se quisiera ser más estricto, dicho enfoque ya lo había dado el Magistrado Ciro Angarita Barón en la célebre sentencia T-406 de 1992. Ver Romero Tobón, Juan Fernando, *Derecho fundamental a la salud*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2019.

que producía su esquema de acción²⁰.

No obstante, la llegada de la Ley 1751 de 2015, al tomar como fundamento la Observación General 14 de 2000 del CDESC, lo dejó en vilo para acometer la exigencia que dicha norma estatutaria impone y el tema adquiere relevancia cuando las órdenes dadas por la Corte Constitucional en la aludida sentencia, quince años después, se mantienen en una proporción importante incumplidas. Por ello en este punto de la evolución del sistema de salud, la pregunta obligada es si, con el fin de cumplir la Ley 1751, es posible continuar realizando ajustes a la Ley 100 de 1993, o si se requiere un nuevo enfoque para el sistema de salud. Ello es relevante porque la última de estas leyes giró alrededor del concepto de la salud como mercancía y a partir de allí definió, como elementos principales, qué actores intervenían en el sistema, junto con un esquema de manejo de recursos que, con ciertos ajustes y alcances, rige en la actualidad. Este sistema pudo ser implementado porque la salud no había sido reconocida como un derecho fundamental; se trataba de un servicio público, netamente prestacional y que no acometía decididamente el enfoque de salud pública. En este escenario, la réplica a las funciones de inspección, vigilancia y control, que no ha desempeñado ese papel corrector pueden ser válidas pero no lograrían acometer el problema estructural.

Es decir, en este momento normativo, tanto los enigmas como el nuevo paradigma ya estaban formulados y coloquialmente, los enigmas continúan pero no en el nivel estatutario sino en el ordinario. Con el trámite del Proyecto de Ley 05 de 2023 se pone en vilo el sistema de salud colombiano, puesto que se discute el cumplimiento de la Ley 1751, con su enfoque de derechos, y con ello la validez de la sentencia T-760 de 2008.

Se puede observar este planteamiento en la lectura atenta del artículo 2° de la Ley 1751, que establece lo siguiente:

“Artículo 2°.Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. **De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”** (negrillas propias)

Para citar otro de sus aspectos vitales, la Ley 1751 considera como dos de los elementos esenciales e interrelacionados del derecho los siguientes (art. 6°):

²⁰ Romero Tobón, Juan Fernando, *Las Acciones públicas de Inconstitucionalidad en Colombia*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2019, págs. 38 y 39.

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

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.

Si se revisa el modelo previsto en la Ley 100 de 1993 y sus reformas, subsiste la discriminación y las barreras de acceso al sistema, principalmente en zonas dispersas (casi la mitad del territorio colombiano), pero no solo en estas geografías. La respuesta institucional ha sido garantizar la afiliación de la población a una EPS, lo que se ha denominado aseguramiento universal, lo que es apenas un paso mínimo para hacer valer ese atributo y, sin duda, totalmente insuficiente para garantizar el derecho fundamental a la salud, en particular donde no existen redes de prestadores ni talento humano en salud. Mucho más se puede decir si, además, no se advierte un enfoque decididamente preventivo de la enfermedad en el modelo y un trabajo a fondo respecto a los determinantes en salud, tema que es explícito en la Ley 1751.

Planteado de otra forma, buscar que una norma estatutaria sea regulada por otra del mismo talante, genera una sucesión interminable que dilata la brecha entre el cumplimiento del derecho fundamental a la salud y la proposición normativa, su aplicación y su ejecución.²¹ Parece ser que esta distancia es el principal problema que se presenta en la discusión que pone de manifiesto el Proyecto de Ley 05 de 2023, que además se presenta en la forma de materializar el Estado social de derecho, pospuesto desde 1991. Esto con el peligro de tergiversar el espíritu de la ley estatutaria y hacerla más regresiva en materia de derechos fundamentales.

VI. COMENTARIOS AL ARTICULADO PROPUESTO

Generalidades (Capítulo I)

En relación con el artículo 2°, además de lo ya indicado, en torno al carácter ordinario de esa norma y de todo el proyecto de ley propuesto, la modificación pretende incluir en una norma de este carácter, a las instituciones privadas y mixtas como parte del sistema de salud, lo que va en contravía de lo señalado 49 de la Constitución Política, según la cual la prestación del servicio de salud se da por **indelegable** dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Proyecto de ley 86/23 (S)

²¹ Este tema está expresado como un drama del derecho actual, que pareciera exigir de otra norma que apalanque la anterior, aún de la misma jerarquía. *Cfr.* Reyes M Oscar, *El desafío cínico seguido de El derecho civilizador*, ediciones Desde Abajo, Bogotá, D.C., marzo de 2003, pág. 216.

<p>ARTÍCULO 2. Modifíquese el artículo 4 de la Ley 1751 de 2015, el cual quedará así:</p> <p>“Artículo 4. Sistema General de Seguridad Social en Salud.</p> <p>Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones públicas, privadas y mixtas; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles, información y evaluación, que el Estado dispone para garantizar el acceso efectivo a servicios de salud. Este sistema deberá coordinarse con el resto de las políticas públicas que afectan o intervienen los determinantes sociales de la salud para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud a toda la población.”</p>	<p>ARTÍCULO 2. Modifíquese el artículo 4 de la Ley 1751 de 2015, el cual quedará así:</p> <p>"Artículo 4 definición de sistema de salud.</p> <p>Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; entidades públicas, privadas y mixtas; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación que el Estado disponga para la Gestión Integral del Riesgo en Salud y del riesgo financiero, que permitan garantizar y materializar el derecho fundamental de la salud."</p>
--	--

Respecto de la definición de atención primaria en salud (art. 5°), la propuesta de artículo formulada en el proyecto ley, deroga la definición dada por el artículo 12 de la Ley 1438 de 2011 que alude a la atención primaria en salud, el cual señala en su primer inciso:

“Artículo 12. De la atención primaria en salud. Adóptese la estrategia de Atención Primaria en Salud que estará constituida por tres componentes integrados e interdependientes: los servicios de salud, la acción intersectorial/transectorial por la salud y la participación social, comunitaria y ciudadana.
(...)”.

Ley 1438 de 2011	Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>“Artículo 12. De la atención primaria en salud.</p> <p>Adóptese la estrategia de Atención Primaria en Salud que estará constituida por tres componentes integrados e interdependientes: los servicios de salud, la acción intersectorial/transectorial por la salud y la participación social, comunitaria y ciudadana. (...)”.</p>	<p>ARTÍCULO 5 La atención primaria en salud</p> <p>La atención primaria en salud. La atención primaria es la estrategia transversal que permite lograr el acceso efectivo de todos los colombianos al sistema de salud y una herramienta de gestión de riesgo que busca garantizar la atención e intervenciones que cada uno requiere o necesita. La atención primaria se desarrollará de manera articulada</p>

	con los actores del sistema, la comunidad y las entidades del territorio con un enfoque de salud familiar y comunitaria y responderá a las características y necesidades del individuo, comunidades, población y el territorio además de las características sociales y culturales de cada uno de ellos.
--	--

En el artículo 5º propuesto, el proyecto restringe la atención primaria en salud a la faceta prestacional, dado que se reitera en la eliminación de la acción inter y transectorial para la acción sobre los determinantes sociales y, con ello, se desconoce el papel preponderante de la participación ciudadana en la implementación de la estrategia.

Gobernanza y organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Capítulo II)

Respecto del artículo 7º del proyecto, por el cual se crea el Consejo Nacional de Seguridad Social, es preciso indicar que en su conformación la única profesión de la salud que se encuentra representada en el artículo 7 del proyecto de ley es la medicina con tres (3) representantes, a saber: 1. La Academia Nacional de Medicina; 2. La Asociación Colombiana de Sociedades Científicas; y, 3. La Asociación Colombiana de Facultades de Medicina. En consecuencia, en el artículo propuesto se desconoce la presencia de otros órganos colegiados de profesionales de la salud, cuyas disciplinas tienen grandes aportes y experiencias para aportar respecto al cuidado a la salud y la generación de políticas públicas.

De otra parte, la participación social sigue siendo exigua y limitada para dar cumplimiento al mandato previsto en el artículo 12 de la Ley 1751 de 2015.

Ley 1751 de 2015	Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 12. Participación en las decisiones del sistema de salud.</p> <p>El derecho fundamental a la salud comprende el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del sistema de salud que la afectan o interesan. Este derecho incluye:</p> <p>a) Participar en la formulación de la política de salud así como en los planes para su implementación; b) Participar en las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del Sistema; c) Participar en los programas de promoción y prevención que sean establecidos; d) Participar en las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías; e) Participar en los procesos de definición de</p>	<p>Artículo 7. Consejo Nacional de Seguridad Social.</p> <p>Créase el Consejo Nacional de Seguridad Social que tendrá por objeto recomendar la adopción e implementación de las políticas públicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, acompañar la evaluación de las políticas de salud pública, aseguramiento, atención en salud, talento humano, calidad e investigación en salud y proponer los ajustes de la política pública en salud que considere pertinentes.</p> <p>El Consejo Nacional de Seguridad Social, estará conformado por quince (15) miembros, así:</p> <p>1. Un representante designado por la Academia Nacional de Medicina.</p>

prioridades de salud f) Participar en decisiones que puedan significar una limitación o restricción : las condiciones de acceso a establecimientos de salud; g) Participar en la evaluación de los resultados de las políticas de salud.

2. Un representante de la Asociación de Sociedades Científicas.

3. Un representante de las facultades de medicina, elegido por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.

4. Un representante designado por las Asociaciones de Pacientes

5. Un representante designado por las Asociaciones de Usuarios.

6. Un representante de las Entidades territoriales del orden departamental, distrital y municipal

7. Un representante de las Direcciones Municipales de Salud.

8. Un representante de los Prestadores y Proveedores de Servicios y Tecnologías de Salud públicos y mixtos.

9. Un representante de los Prestadores y Proveedores de Servicios y Tecnologías de Salud privados, designado por las agremiaciones y asociaciones que los congreguen.

10. Un representante de las Entidades Promotoras de Salud.

11. Un representante de los trabajadores de la salud elegido por las organizaciones sindicales.

12. Un representante de los empleadores elegido por las asociaciones que los agrupa

13. El Ministro de Salud y Protección Social o su delegado, quién lo presidirá.

14. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.

15. El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.

	<p>Parágrafo 1. El Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente Ley definirá las funciones y el mecanismo de designación de los delegados señalados.</p>
--	--

Salud pública y determinantes sociales en salud (Capítulo III)

En cuanto al artículo 8º, **Función esencial de salud pública**, se desconocen aquellos elementos que, según la Organización Panamericana de Salud en 2020²², deberían tenerse en cuenta en esta definición, como lo son:

- a) Desarrollo de recursos humanos;
- b) Asegurar el acceso y el uso racional de medicamentos y otras tecnologías sanitarias esenciales de calidad, seguras y eficaces;
- c) Financiamiento de la salud eficiente y equitativo;
- d) Acceso equitativo a servicios de salud integrales y de calidad;
- e) Acceso equitativo a intervenciones que buscan promover la salud, reducir factores de riesgo y favorecer comportamientos saludables; y,
- f) Gestión y promoción de las intervenciones sobre determinantes sociales de la salud.

Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 8. Función esencial de la Salud Pública.</p> <p>La función esencial de la salud pública comprende el monitoreo, vigilancia, evaluación y análisis del estado de salud de la población, la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, la gestión del riesgo en salud, la investigación en salud pública, el fortalecimiento de las capacidades institucionales del sector y la participación social en la salud con el propósito de permitir el diseño de planes, programas, políticas, lineamientos, protocolos, intervenciones y estrategias dirigidas a mantener la salud individual y colectiva de la población.</p>

De lo anterior se sigue que el artículo 8º del proyecto de ley propuesto, restringe la medición de resultados de la gestión individual del riesgo en salud frente a la salud pública, así como la medición de resultados de la gestión individual del riesgo en salud.

La gestión integral del riesgo.

El artículo 12 del proyecto de ley desconoce el hecho de que la Gestión Integral del Riesgo en Salud, en lugar de ser una estrategia, es un instrumento de planeación de la política pública para lograr el

²² Las funciones esenciales de la salud pública en las Américas. Una renovación para el siglo XXI. Marco conceptual y descripción. Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. 2020. Washington. Disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53125/9789275322659_spa.pdf.

acceso oportuno, efectivo, equitativo, eficiente y de manera sostenible, no solamente a los servicios de salud cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud, sino de todos los servicios y tecnologías a los que tiene derecho la ciudadanía, acorde a lo contemplado en la Ley Estatutaria respecto al derecho fundamental a la salud y las excepciones explícitas y en correspondencia con el artículo 2° de la Ley 1751.

Ley 1751 de 2015	Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 2 Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.</p> <p>El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.</p>	<p>Artículo 12. Gestión Integral del Riesgo en Salud.</p> <p>La Gestión integral de riesgo en salud es la estrategia por la cual se identifican, analizan, y clasifican los riesgos para la salud de los individuos, familias y comunidades, con el fin de intervenirlos de forma integral, desde la prevención hasta la paliación, o mitigación de sus efectos.</p> <p>La gestión integral del riesgo en salud corresponde a la articulación y coordinación de los diferentes actores del sistema, dentro de sus competencias, en torno a las intervenciones individuales y colectivas que se deben realizar a las personas y su entorno para mitigar, contener y atender los riesgos en salud.</p>

En efecto, respecto al alcance de esta norma, la Corte Constitucional puso de presente lo siguiente:

“Finalmente, por lo que concierne a la caracterización del derecho, encuentra la Sala que los atributos estipulados por el legislador no agotan los que se puedan predicar de la salud como derecho fundamental. Así por ejemplo, en la observación 14 del comité de derechos económicos, sociales y culturales, se ha connotado al derecho a la salud como derecho inclusivo, con lo cual se abarca la atención a diversos factores determinantes de la salud. Para la Corte, se impone en este punto una interpretación amplia, con lo cual, la caracterización aludida, podrá expandirse e incorporar otras cualidades que tiendan a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. No advirtiéndose, pues, razones que conduzcan a la Corporación a censurar el enunciado legal en estudio y, conforme con los presupuestos anotados, se declarará la constitucionalidad de rigor.

Así pues, procederá la Corte a pronunciarse a favor de la exequibilidad del artículo 2 del Proyecto, atendiendo los presupuestos interpretativos que se orientan a una lectura amplia del derecho.”²³

Siendo así, el concepto de Gestión Integral del Riesgo en Salud se debe contemplar como un instrumento de planeación fundamentado en la articulación e interacción de todos los agentes del sistema de salud y otros sectores para identificar, cuantificar, analizar, hacer seguimiento e intervenir (desde la prevención hasta la paliación), evitando o reduciendo los riesgos para la salud de las personas, familias y comunidades, orientado al logro de resultados en salud y al bienestar de la población.

Así mismo, es importante precisar que la Gestión Integral del Riesgo en Salud, como instrumento de planeación, debe articularse con gestión pública, los determinantes en salud y los factores asociados para la prevención o mitigación del riesgo.

Ahora bien, el artículo 13º del proyecto de ley propuesto, que contempla los responsables de la gestión integral del riesgo en salud, resulta contrario al artículo 2º ya mencionado de la Ley Estatutaria en Salud sobre naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, por cuanto el artículo de la norma de carácter estatutario señala que la prestación del servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la **indelegable** dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado, lo cual es concordante con el artículo 49 de la Constitución Política.

Ley 1751 de 2015	Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 2 Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.</p> <p>El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.</p>	<p>Artículo 13. Responsables de la Gestión Integral del Riesgo en Salud.</p> <p>Las Entidades Territoriales, Entidades Promotoras de Salud – EPS, Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, Administradoras de Riesgos Laborales – ARL, los individuos y las familias son responsables de la Gestión Integral del Riesgo en Salud, en aras de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental de la salud, en los términos establecidos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, lograr resultados en salud que contribuyan al bienestar de la población, con costos acordes a la sostenibilidad financiera del sistema.</p>

En el artículo 13º propuesto, esta responsabilidad no se asigna al Estado, sino a las Entidades Promotoras de Salud y a otras entidades mencionadas. Al respecto, este artículo atiende a obligaciones operativas de las entidades mencionadas, pero no puede entenderse que la Gestión Integral del Riesgo en Salud se delega a agentes del SGSSS, sino que es una obligación que debe ser atendida bajo la gobernanza e institucionalidad del Estado.

Aseguramiento

Lo dicho en el artículo 14º del proyecto de ley, no difiere de lo ya señalado en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 que alude a la organización del aseguramiento y a las funciones indelegables, que corresponden a la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Ley 1122 de 2007	Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 14º. Organización del Aseguramiento.</p> <p>Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.</p> <p>Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS'S). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.</p> <p>[...]</p>	<p>Artículo 14. Función esencial del aseguramiento individual.</p> <p>Son funciones esenciales del aseguramiento, realizado por las Empresas Promotoras de Salud – EPS, la representación del afiliado ante los prestadores de servicios en salud y los demás actores del SGSSS, la gestión integral del riesgo en salud, la garantía del acceso efectivo en la prestación de los servicios de salud, la gestión de la red de servicios y la administración del riesgo financiero.</p>

En lo que respecta al artículo 15º del proyecto de Ley, resulta regresiva la propuesta presentada por los autores, puesto que se generan barreras de acceso para el Derecho fundamental a la salud, lo que es contrario al principio de Universalidad de los Derechos Fundamentales, que debe garantizar el derecho a los residentes del país, sin distinción alguna de su capacidad de pago.

Al respecto, el Decreto 2353 de 2015 *Por el cual se unificaron y actualizaron las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, dispuso sobre la afiliación familiar lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. *Inscripción del núcleo familiar. Los afiliados cotizantes o cabezas de familia deberán registrar en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscribir en la misma EPS a cada uno de los miembros que conforman el núcleo familiar, para lo cual deberán allegar el soporte documental de su calidad de beneficiarios, en los casos que sea necesario.”*

En el mismo sentido, estableció las reglas sobre la constitución del núcleo familiar, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 21. *Composición del núcleo familiar. Para efectos de la inscripción de los beneficiarios, el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido por:*

21.1. El cónyuge;

21.2. A falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente incluyendo las parejas del mismo sexo;

21.3. Los hijos menores de veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del cotizante;

21.4. Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del cotizante;

21.5. Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado, incluyendo los de las parejas del mismo sexo, que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales 21.3. y 21.4 del presente artículo;

21.6. Los hijos de los beneficiarios descritos en los numerales 21.3. y 21.4 del presente artículo hasta que dichos beneficiarios conserven tal condición.

21.7. Los hijos menores de veinticinco (25) años y los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente que, como consecuencia del fallecimiento de los padres, la pérdida de la patria potestad o la ausencia de éstos, se encuentren hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante y dependan económicamente de éste.

21.8. A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del cotizante que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

21.9. Los menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente.

Los miembros del núcleo familiar que no estén cotizando al sistema y los pensionados cotizantes únicamente recibirán la prestación de los servicios de salud previstos en el plan de beneficios.

PARÁGRAFO 1. *Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia. Esta condición se registrará a través del Sistema de Afiliación Transaccional.*

PARÁGRAFO 2. Los hijos adoptivos y los menores en custodia legal tendrán derecho a ser incluidos en el núcleo familiar desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes o a los terceros a quienes se haya otorgado la custodia conforme a las normas legales.

PARÁGRAFO 3. En los casos en los que existan dos personas con igual derecho que no puedan ser inscritas como beneficiarias en el núcleo familiar simultáneamente, se estará a lo resuelto por la autoridad judicial o administrativa que corresponda.

PARÁGRAFO 4. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá las estrategias y lineamientos que deben observar las entidades territoriales, las EPS, los afiliados y demás entidades responsables de la afiliación en el régimen subsidiado, tendientes a la identificación de los núcleos familiares, conforme a lo establecido en el presente artículo.

PARÁGRAFO 5. La composición del núcleo familiar prevista en el presente artículo será aplicable en el régimen subsidiado y para el efecto, el cabeza de familia se asimilará al cotizante.

PARÁGRAFO 6. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, la dependencia económica se declarará en el momento de la inscripción en la EPS y se presumirá la buena fe en su declaración.”

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 15. Afiliación al Sistema.

Todas las personas que residan legalmente en el territorio nacional, con excepción de quienes se encuentran afiliados a los regímenes especiales y/o de excepción, estarán afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud por intermedio de una empresa promotora de salud, quien contará para su operación con redes integradas e integrales de prestación de servicios de salud, de la cual harán parte los centros de atención primaria a los cuales el usuario deberá adscribirse.

Adicionalmente, cuando se menciona que el ingreso al SGSSS debe ser explícitamente por intermedio de una Entidad Promotora de Salud, la redacción desconoce que actualmente existe el Sistema de Afiliación Transaccional – SAT²⁴, sistema creado para realizar los procesos de afiliación y novedades en el Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual El Proyecto de Ley 05 de 2023 es restrictivo respecto a los mecanismos de afiliación, traslados y demás novedades.

El artículo 16º alude a la Territorialización de la operación del aseguramiento, sin embargo, por la forma en la que se encuentra redactada, puede dar lugar a la creación de un monopolio para la prestación del servicio por parte de las entidades promotoras de salud quienes operarían por territorios sanitarios definidos por el Gobierno nacional, lo que puede incluso desencadenar en acciones de corrupción. Este artículo es terriblemente lesivo para el Estado, pues evita la prestación directa del servicio por parte del mismo.

²⁴ Dispuesto en el artículo 2.1.1.1 del Decreto 780 de 2016.

De otro lado, la territorialización actualmente encuentra soporte en la Leyes 1551 de 2012, 1617 de 2013, 1625 de 2013, 1962 de 2019, 2200 de 2022. En la Ley 1962 se establece la obligación del Estado de definir para la planificación y gestión de las políticas, el desarrollo de sus funciones utilizando la figura de las Regiones para planificar, organizar, y ejecutar sus actividades en el proceso de construcción colectiva del país, promoviendo la igualdad y el cierre de brechas entre los territorios.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 16. Territorialización de la operación del aseguramiento.

Con el fin de garantizar el derecho fundamental a la salud y el acceso efectivo de la población a los servicios de salud, las entidades promotoras de salud operarán por territorios sanitarios definidos por el Gobierno nacional. En la reglamentación se determinarán las condiciones de actualización del ámbito territorial de operación en el que se encuentran autorizadas. Dicha reglamentación, deberá incluir un régimen de transición para la actualización de las autorizaciones para operar, emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud y la redistribución de la asignación de afiliados entre las entidades promotoras de salud.

Parágrafo primero. El presente artículo se reglamentará dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente Ley.

Parágrafo segundo. Hasta tanto el Gobierno nacional no expida la reglamentación de actualización del ámbito territorial de operación del aseguramiento en salud, las EPSs continuarán operando en los territorios donde hayan sido autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud con anterioridad a la expedición de la presente Ley.

En atención a las mencionadas disposiciones, y especialmente en cuanto a una organización en salud que consulte las necesidades de la población y sus especificidades territoriales sobre las divisiones político administrativas (art 285 C.Pol.), y en desarrollo de los artículos 5 y 20 de la Ley 1751 de 2015, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1599 de 2022, incorporado al Decreto 780 de 2016²⁵, acto administrativo donde se dispone la creación de áreas geográficas, unidades contiguas que comparten características socioeconómicas y culturales pero que son heterogéneas y diferenciadas en sus relaciones funcionales y complementarias en cuanto a sus capacidades, para lo cual, todos los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud deberán desarrollar sus funciones desde las acciones promocionales, el aseguramiento del riesgo, hasta la prestación del servicio de salud, a través de las definición de áreas geográficas.

Particularmente para el aseguramiento, el citado Decreto 1599 amplió el ámbito territorial para la operación del aseguramiento en salud, al municipio, distrito o área geográfica donde sea autorizada la EPS, atendiendo así a las disposiciones de operación territorial que hoy ya se encuentran

²⁵ Por el cual se adiciona la Parte 11 al Libro 2 del Decreto 780 de 2016, en relación con la Política de Atención Integral en Salud, en el marco de las áreas geográficas para la gestión en salud y se modifican los artículos 2.5.1.1.1, 2.5.1.3.2.1, 2.5.2.3.3.3 y se adiciona el artículo 2.5.3.8.3.1.6 a dicho decreto.

reglamentadas en el Decreto 682 de 2018 y la Resolución 497 de 2021.

Ahora bien, si lo que pretendiera la disposición es organizar el aseguramiento por territorios, la misma ya se encuentra dispuesta en la normatividad vigente y en el mencionado Decreto 1599, pues existe una transitoriedad en curso prevista en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6. Transitoriedad. Una vez sean definidas las áreas geográficas por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, los agentes del Sistema de Salud tendrán un lapso hasta de un año a partir de dicha definición para realizar los ajustes correspondientes.”

La nueva regulación extendería el plazo de transitoriedad y podría afectar el proceso en curso con las EPS o la institucionalidad que se establezca.”

Por ello, respecto a la garantía para la prestación de servicios de salud en zonas dispersas o marginadas, la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 dispone, en el artículo 25, el deber del Estado de garantizar la disponibilidad de los servicios de salud para toda la población en el territorio nacional, en especial, en las zonas marginadas o de baja densidad poblacional. Así mismo, dispone que la extensión de la red pública hospitalaria no puede depender de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social. Con este fin, en zonas dispersas, el Estado deberá adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad.

Sobre el particular, la Ley 1122 de 2007 definió a los departamentos de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo, Vaupés y Vichada como zonas del país con población dispersa y que por sus características especiales deben tener un tratamiento excepcional en el marco del sistema general de seguridad social en salud, para garantizar el acceso de la población a los servicios de salud.

Adicionalmente, en línea de lo dispuesto por la citada Ley 1122 de 2007, el artículo 30 de la Ley 1438 de 2011 establece que el Gobierno Nacional debe definir los territorios de población dispersas, en virtud de la baja densidad poblacional y las dificultades de operación del aseguramiento en salud, para lo cual deberá consolidar los mecanismos pertinentes para mejorar el acceso a los servicios de salud de dichas comunidades, fortaleciendo el aseguramiento en estos territorios.

Fue la Ley 1753 de 2015, en su artículo 65 que estableció el modelo de asegurador único, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 65. POLÍTICA DE ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD. El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), dentro del marco de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, así como las demás leyes vigentes, definirá la política en salud que recibirá la población residente en el territorio colombiano, la cual será de obligatorio cumplimiento para los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y de las demás entidades que tengan a su cargo acciones en salud, en el marco de sus competencias y funciones.

Para la definición de la política integral en salud se integrarán los siguientes enfoques: i) atención primaria en salud (APS); ii) salud familiar y comunitaria, iii) articulación de las actividades individuales y colectivas y iv) enfoque poblacional y diferencial. Dicha atención tendrá en cuenta los componentes relativos a las rutas de atención para la

promoción y mantenimiento de la salud por curso de vida, las rutas de atención específicas por grupos de riesgos, el fortalecimiento del prestador primario, la operación en redes integrales de servicios, el desarrollo del talento humano, en el marco de la Ley 1164 de 2007, articulación de las intervenciones individuales y colectivas, el desarrollo de incentivos en salud y la definición de requerimientos de información para su seguimiento y evaluación.

PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) realizará la adaptación de esta política en los ámbitos territoriales con población dispersa, rural y urbana diferenciando a los municipios y distritos que tengan más de un millón de habitantes. Para zonas con población dispersa y rural, se podrá determinar la existencia de uno o varios aseguradores. Si se trata de un único asegurador, el MSPS establecerá las condiciones para su selección. (Se resalta)

PARÁGRAFO 2o. Para la definición de la política de atención integral, el Ministerio de Salud y Protección Social garantizará una amplia participación de todos los grupos de interés del sector salud: usuarios, prestadores, aseguradores, academia, asociaciones científicas, entes territoriales, entre otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proyecto en su artículo 17 enfatiza en esa circunstancia.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 17. Entidades promotoras de salud en zona rural y zona dispersa.

En las zonas rurales y zonas dispersas, el aseguramiento podrá ser administrado por una única empresa promotora de salud, la cual recibirá una Unidad de Pago Por capitación UPC de manera diferencial para cada territorio ajustado al riesgo, las condiciones de dispersión, y condiciones de oferta de servicios.

No obstante y de continuar el esquema de administración de recursos a través de las EPS, ya existe una norma más clara y detallada que la que se propone. Debe indicarse que el artículo 65 de la Ley 1753 fue adoptado por las Leyes 1955 de 2019 y 2294 de 2023, Planes de Desarrollo 2018-2022 y 2022-2026, respectivamente. En el caso que se quisiera incorporar en una ley ordinaria, deberían tomarse los elementos contenidos en la norma transcrita, que además deba tener en cuenta, espacios de concertación pues muchos de esos territorios tienen población de grupos étnicos.

En el artículo 18 se especifican los componentes de la Unidad de Pago por Capitación, como se indicó al inicio.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 18. Componentes de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

El Ministerio de Salud y Protección Social en conjunto con el Ministerio de Hacienda definirá el valor anual de la UPC, la cual tendrá un componente fijo y uno variable. Para determinar el componente fijo se realizarán estudios actuariales y se reconocerá un monto por cada persona de acuerdo con la clasificación o respectivo ajustador del riesgo. El componente fijo tendrá en cuenta como base mínima las condiciones en salud de la población como factor de riesgo individual, los perfiles epidemiológicos, las condiciones geográficas y demográficas, adicionando indicadores que evalúen la suficiencia de los recursos para la garantía del derecho a la salud como el aumento en frecuencia de uso y los mayores costos que se deriven de esta. Este componente fijo deberá ser suficiente para la adecuada protección integral de la salud de los afiliados y beneficiarios.

Adicionalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social reconocerá un componente variable de incentivos con base en la gestión y el resultado que se efectúe en el territorio por parte de las entidades promotoras de salud, de acuerdo con el resultado integral en salud, que incluye el resultado de metas de promoción y prevención, cumplimiento de rutas integrales e individuales, satisfacción del usuario, entre otros, según la reglamentación del Gobierno Nacional.

Parágrafo primero. Los recursos que se obtengan por el componente variable deberán ser reconocidos de igual forma a la red de prestadores involucrada en la atención de la población.

Parágrafo segundo. Con el fin de garantizar la equidad en la prestación de servicio, la Unidad de Pago por Capitación contemplará la financiación de todos los servicios y tecnologías en salud dentro del Plan Básico de Salud del régimen contributivo y subsidiado.

Parágrafo tercero. Dentro de los (6) seis meses siguientes a la vigencia de esta la ley, el Ministerio de Salud y Protección Social, en conjunto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, determinarán la metodología de cálculo de la UPC para el financiamiento del Plan de Beneficios en Salud a partir de un análisis actuarial, así como las fuentes de información, seguimiento y monitoreo a indicadores trazadores que sean necesarios.

Parágrafo cuarto. El Ministerio de Salud y Protección Social en conjunto con el Ministerio de Hacienda como mínimo cada dos (2) años deben revisar y ajustar los factores de ajuste de riesgo con los cuales se calcula la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

Al respecto, se deben considerar varios puntos. En primer lugar, no es necesario que se mencione al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defina el valor de la Unidad de Pago por Capitación en conjunto con Ministerio de Salud y Protección Social, puesto que el primer organismo ya participa activamente en la toma de las decisiones relativas a la UPC, dada su calidad de integrante de la Comisión Asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud, instancia que formula las recomendaciones referentes a la formulación de la política de beneficios, costos y tarifas en aseguramiento en Salud, conforme lo dispuesto en el Decreto 2562 de 2012 (arts. 10, 11 y 12).

Además, ese Ministerio conoce previamente los documentos y estudios que se someten a

consideración de la Comisión Asesora y tiene incidencia considerable en la aprobación previa de tales documentos, en virtud de su participación en los comités que se realizan para los análisis correspondientes y la estructuración de las propuestas a presentarse a esta instancia, especialmente porque estas decisiones deben tomarse conforme el mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley 1122 de 2007 en virtud del cual

“Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud (hoy Ministerio de Salud y Protección Social) referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.” (paréntesis fuera del texto)

En segundo lugar, el componente fijo de la UPC propuesto no tiene en cuenta que la Unidad de Pago por Capitación se calcula con base en los parámetros establecidos en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993; esto es, “[...] *en función del perfil epidemiológico de la población relevante, los riesgos cubiertos y los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud y Protección Social*”, conforme la metodología definida para establecer la suficiencia la cual contempla, de suyo, los análisis de dispersión geográfica así como las condiciones demográficas, el comportamiento poblacional y los principales índices epidemiológicos, los perfiles epidemiológicos y de carga de la enfermedad para el país, el uso, la cobertura de los servicios de salud, el gasto, frecuencia y severidad por tipo de tecnología en la estructura del sistema y los distintos ajustadores de riesgo.

El valor de la prima UPC es de por sí una variable en función de variables identificadoras del riesgo, no tiene sentido matemáticamente hacer una descomposición en un componente fijo y otro variable. El componente variable que quiere introducir el proyecto no es posible asignarlo al cálculo de la UPC porque no es una variable que explique el gasto en salud. Al observar el texto propuesto se evidencia que los perfiles que propone el “componente fijo” están contenidos en los estudios de suficiencia que para el efecto se realizan en cada oportunidad (definición y ajustes de la UPC) por parte del Ministerio rector del sector administrativo de salud y protección social.

En lo relacionado con el componente variable definido como un componente que surge “*con base en la gestión y el resultado que se efectúe en el territorio por parte de las entidades promotoras de salud de acuerdo con el resultado integral en salud, que incluye el resultado de metas de promoción y prevención cumplimiento de rutas integrales e individuales, satisfacción del usuario, entre otros, según la reglamentación del Gobierno Nacional*”, se estima que si llegare a considerarse procedente, tampoco sería necesario hacer modificaciones a la normatividad existente,. Siendo potestad del organismo competente la definición de la Unidad de Pago por Capitación, existe el marco legal para implementar vía regulación lo que sea estrictamente necesario para garantizar el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud de manera sostenible.

Las responsabilidades que impone el aseguramiento integran la prevención de riesgos, el control de la enfermedad y el mejoramiento de sus desenlaces, pues ese es precisamente el espíritu de la atención integral en salud. Es por esta gestión que el Estado entrega recursos públicos, a través de la UPC, en la que están contemplados los servicios y tecnologías en salud costeados, así como una UPC exclusivamente para actividades de promoción y prevención. Esta financiación se complementa con los recursos de manejo de las entidades territoriales para la ejecución de sus planes territoriales de salud y la ejecución del Plan de Intervenciones Colectivas – PIC, que complementa de manera

fundamental las actividades de promoción y prevención que desarrollan las EPS.

De otra parte, no resulta coherente que en el texto propuesto se cierre la definición del *componente fijo* diciendo que “deberá ser suficiente para la adecuada atención integral de la salud de los afiliados y beneficiarios” mientras se plantea un *componente variable* que pague por las mismas acciones que cubre el *componente fijo*, puesto que se está estipulando el *variable* con base en la gestión y los resultados de acuerdo con el “resultado integral” en salud, que incluye el resultado de metas de promoción y prevención (...), elementos estos, que conforman la atención integral en salud, de la cual es parte la Atención Primaria en Salud.

Así, el propósito parecería recaer en la pretensión de que el Estado premie el deber ser; esto es, el cumplimiento de lo que estaría financiado con el primero de los componentes propuestos, el cual debe demostrarse justamente con los resultados de la gestión integral verificable, entre otros, con el alcance de las metas de promoción y prevención, la gestión de las rutas integrales e individuales de atención y la satisfacción al usuario.

De otra parte, resulta oportuno aclarar que tienen la calidad de afiliados, tanto los beneficiarios de los cotizantes (en el régimen contributivo) como todos los del régimen subsidiado.

Ahora bien, en relación con el párrafo primero del artículo en discusión, se entendería que se está proponiendo un igual reconocimiento del componente variable para la red prestadora de servicios de salud de las EPS; dada la redacción ambigua del texto no está claramente determinado si ese reconocimiento se pagaría en forma adicional o por el traslado de los recursos de la EPS a sus IPS, caso que parecería más adecuado en dicho contexto.

En cuanto al párrafo 2, la equidad está garantizada en la prestación de los servicios de salud en los siguientes términos:

- Como principio del Sistema General de Seguridad Social en Salud (numeral 3.7 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 1438 de 2011): *“El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población”*.
- Como principio de derecho fundamental a la salud (numeral c) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015): *“El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección”*
- Sobre el párrafo tercero, la función de definición de la metodología de cálculo de la UPC ha venido siendo propia del Ministerio de Salud y la Protección Social desde los albores del modelo de aseguramiento que nos rige, únicamente interrumpida durante el ejercicio de la Comisión de Regulación en Salud, entidad de carácter eminentemente técnico, que hizo buen recaudo de la gestión del organismo rector y perfiló la metodología de cálculo hasta su disolución y liquidación. Esto, con el importante antecedente de haber sido otrora la definición de la UPC una de las funciones del

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- con fundamento en los estudios realizados por esa cartera ministerial.

- Esta competencia se deriva de la misión del organismo rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud y guarda congruencia con su rol como cabeza del sector administrativo de la protección social. No es dable que un ministerio se aparte de su competencia administrativa para abarcar la de otro, puesto que cada cartera ministerial cumple sus funciones en el marco de sus materias conforme las políticas sectoriales y en gracia al objetivo con el cual fue creada.

Ahora bien, en cuanto al párrafo segundo del mismo artículo, en el que se señala que con el fin de garantizar la equidad en la prestación de servicio, la Unidad de Pago por Capitación contemplará la financiación de todos los servicios y tecnologías en salud dentro del Plan Básico de Salud del régimen contributivo y subsidiado, es preciso advertir que se trataría de una norma de carácter regresivo, entendiendo que por desarrollo constitucional mediante Sentencia C 313 de 2014, se logró la inclusión de algunos servicios de salud no contemplados en el plan básico vía revisión de cada caso.

En el artículo 19 del proyecto se propone modificar los Decretos 2562 de 2012 “Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.” y 4712 de 2008 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 19. Modifíquese el numeral 34 del artículo 2 del Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el Decreto 2562 de 2012, el cual quedará así:

“(…)

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

34. Definir como mínimo una vez al año, a primero de enero el valor de la Unidad de Pago por Capitación - UPC tomando en cuenta la metodología de cálculo definida en conjunto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

39. Elaborar, publicar y mantener actualizado el estudio de capacidad de suficiencia de los servicios en cada uno de los territorios y habilitar las redes integrales de prestación de servicios en salud que conformen las Entidades Promotoras de Salud – EPS.

Artículo X. Adiciónense los numerales 37 y 38 al artículo 3 del Decreto Ley 4712 de 2008, el cual quedará así:

“(…)

ARTÍCULO 3. FUNCIONES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrá, las siguientes funciones:”

37. Participar, en conjunto con el Ministerio de Salud y Protección Social, en la definición de la metodología de cálculo de la UPC para el financiamiento del Plan de Beneficios en Salud a partir

de un análisis actuarial, así como las fuentes de información, seguimiento y monitoreo a indicadores trazadores que sean necesarios.

38. Participar, en conjunto con el Ministerio de Salud y Protección Social, en la actualización como mínimo una vez al año, a primero de enero, del valor de la Unidad de Pago por Capitación – UPC teniendo en cuenta la metodología de cálculo definida.

Como ya se indicó, el diseño y la determinación de la metodología de cálculo de la UPC guardan estrecha relación con los objetivos que el Ministerio de Salud y Protección Social tiene por disposición legal en el marco de sus competencias, cuales son: “formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo”²⁶.

Este Ministerio es la cabeza del sector Administrativo de Salud y Protección Social, rol que comprende las competencias que de manera exclusiva le ha otorgado la ley para, entre otras, expedir la regulación del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS, reglamentar, distribuir, vigilar y controlar el manejo y la destinación de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud y del SGSSS, sin perjuicio de las competencias de las entidades territoriales en la materia.

La función específica de la fijación de la UPC le impone a ese ministerio la definición de la metodología de su cálculo, que conlleva estimaciones que solo está en capacidad de hacer el organismo técnico que ha conocido y enfrentado - en gracia a sus competencias y funciones designadas por la ley - las circunstancias que afectan la salud en Colombia, los factores incidentes y determinantes, y, en general, las dinámicas propias del aseguramiento en salud en la extensión plena de su significado y alcance.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene como objetivo “la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados con esta, así como la preparación de las leyes, la preparación de los decretos y la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República, y las que ejerza, a través de organismos adscritos o vinculados, para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público y el tesoro nacional, de conformidad con la Constitución Política y la ley”.²⁷

La experiencia técnica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no guarda relación con la dirección del sector salud, como tampoco con la regulación que le atañe ni la reglamentación que exigen las leyes específicas que rigen la materia.

²⁶ Decreto 4107 de 2011 “Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.”

²⁷ Decreto 4712 de 2008 “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”

Es así como el texto propuesto se aparta de lo consagrado en el artículo 5º de la Ley 489 de 1998 que impone lo siguiente: “Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer **con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo**”. (Énfasis agregado)

El cambio que se propone es **inconveniente**, porque conlleva una intromisión en unas funciones y, de hecho, en competencias que son exclusivamente de carácter técnico, calidad que sí detenta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la formulación de política económica del país, pero no para la dirección del sector salud. Cada sector administrativo tiene su especificidad, y por ende, debe ceñirse a lo que la Competencia Administrativa demanda a los organismos y entidades administrativos, que están llamados a ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones que les son inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.

Finalmente, el cambio legislativo que se propone en las funciones de que trata el artículo 19 del articulado propuesto es **innecesario**, toda vez que son amplias y suficientes las funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público contenidas en el artículo 15 del Decreto 4712 de diciembre 15 de 2008, asignadas a la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social, en ejercicio de las cuales hace importantes aportes en las mesas de la Comisión Asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud, especialmente, para el asunto sobre el que versa este concepto, en torno a los análisis y formulación de recomendaciones alusivas a la fijación de la Unidad de Pago por Capitación; funciones estas, acordes con su misión, objetivos y rol como cabeza del Sector administrativo de Hacienda y Crédito Público.

El artículo 20, propone el giro del 90% de la UPC directamente desde la ADRES, para el pago de los servicios de salud financiados con dicha prima, sobre lo cual es pertinente mencionar lo siguiente:

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 20. Giro directo. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud será la entidad que en nombre de las aseguradoras en salud hará el giro del 90% de los recursos de UPC destinados para el pago de servicios de salud.

- a) El artículo propuesto en el proyecto de ley no establece los actores beneficiarios de la medida de giro directo. En este contexto, el artículo debe ser explícito respecto a los actores objeto de la medida, como lo son los prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud y considerar los efectos que tenga en los diferentes actores.
- b) La propuesta fija un único porcentaje de giro directo para todas las EPS sin considerar la normatividad vigente sobre la materia, y por tanto requiere una armonización con establecido en los artículos 13 de la Ley 1122 de 2007, 29 de la Ley 1438 de 2011, 10 de la Ley 1608 de 2013, 12 de la Ley 1966 de 2019, 2 de la Ley 2026 de 2020 y 150 de la Ley 2294 de 2023.

Modelo de atención primaria en salud (Capítulo VI)

Como se relaciona en las observaciones al artículo 12º, sobre Gestión Integral del Riesgo en Salud, se precisa que este último corresponde a un instrumento de planeación de la política pública, que no puede ser entendido como la orientación del modelo de atención primaria en salud renovada, ya que, como se establece en el artículo 12 de la Ley 1438 de 2011, la Atención Primaria en Salud es la estrategia de coordinación intersectorial que permite la atención integral e integrada, desde la salud pública y todos los niveles de atención, incluido el componente de promoción y prevención.

Siendo así, la Atención Primaria en Salud renovada no se orienta a la gestión del riesgo en salud, sino a la garantía del derecho fundamental en el marco de la solidaridad y equidad, afectando positivamente los determinantes en salud. Por tanto, no se considera pertinente lo propuesto en este artículo, toda vez que se desconoce la integralidad intersectorial, la participación social, comunitaria y ciudadana.

En relación con el artículo 22, modelo de atención diferencial, como se indica en los comentarios al artículo 17 del citado proyecto de ley, las Leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011 y 1753 de 2015 ya se ocuparon de este tema con un enfoque más detallado y específico que la propuesta que se revisa no retoma.

Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 22. Modelo de atención diferencial.</p> <p>El aseguramiento y la prestación de servicios de salud en zonas territoriales que cuenten con cualquiera de las siguientes características: baja densidad o alta dispersión geográfica de la población, presencia significativa de poblaciones étnicas, limitado mercado de servicios, difícil accesibilidad, bajo desarrollo institucional o de capacidad instalada, se podrán desarrollar a través de modelos de atención diferenciados que se ajusten a las características territoriales (rural y rural dispersos) y poblacionales.</p>

Con respecto a la conformación de las redes, artículo 24, la propuesta es contraria a lo previsto en los artículos 48 y 49 de Constitución Política y sus modificaciones, así como del artículo 2º de la Ley 1751 de 2015.

Ley 1751 de 2015	Proyecto de ley 05/23 (S)
<p>Artículo 2 Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.</p> <p>El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso</p>	<p>Artículo 24. Conformación de las Redes.</p> <p>Corresponde a las Entidades Promotoras de Salud - EPS la conformación, organización y gestión de las redes integradas e integrales de Salud, con las que garantizarán el acceso, la atención adecuada y la obtención de resultados en salud a la población inscrita a ellas.</p> <p>Las Entidades Promotoras de Salud - EPS deben garantizar la suficiencia de la red para prestar</p>

<p>a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.</p>	<p>los servicios con calidad, desde la promoción hasta la paliación y dando cumplimiento a lo establecido en las diferentes Rutas de Atención Integral en Salud - RIAS, adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social.</p> <p>El Ministerio de Salud y Protección Social deberá definir, dentro de los (6) seis meses siguientes a la expedición de la presente ley, los procesos, procedimientos y criterios de organización de servicios a nivel municipal, distrital, departamental y nacional que se observarán para la habilitación de redes de servicios de salud.</p> <p>Cualquier modificación a la red inicialmente habilitada deberá ser informada por la Entidad Promotora de Salud – EPS, en los términos y tiempos que establezcan en el procedimiento de habilitación.</p> <p>Parágrafo primero. El Ministerio de Salud y Protección Social deberá realizar y publicar un estudio de suficiencia de la capacidad de oferta de servicios en cada uno de los territorios, el cual deberá ser actualizado como mínimo cada dos (2) años y será la base para los procesos de conformación, habilitación y mantenimiento de las Redes.</p>
---	---

En este sentido, la Ley 1438 de 2011 establece la conformación de redes integradas de servicios de salud bajo el liderazgo de las entidades territoriales del orden departamental, distrital y municipal, los criterios determinantes para su conformación y la articulación de la red a cargo de aquellas en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud, razón por la cual no se considera pertinente lo dispuesto en este artículo, ya que pudiera resultar contrario al ordenamiento en términos de la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

El artículo 28 se ocupa de las Empresas Sociales del Estado, un aspecto que está en la esencia de la razón de ser del Estado. Para su análisis resulta de la mayor relevancia hacer énfasis en el enfoque de capacidades²⁸, como un enfoque que aporta una descripción parcial de la justicia social básica, que dista de la racionalidad económica que ha afectado sensiblemente la gestión estatal en la materia.

²⁸ Ver Martha Nussbaum, *Las fronteras de la Justicia*, Editorial Planeta, Bogotá. 2007.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 28. Empresas Sociales del Estado. Los hospitales públicos continuarán funcionando como Empresas Sociales del Estado ESE.

Los hospitales públicos en territorios no certificados y los certificados que lo consideren pertinente, podrán emprender procesos de integración estructural de varias ESE, en una única razón social a cargo del departamento, distritos, municipios o de asociación de municipios. Los procesos de integración funcional mediante diversos tipos de acuerdos de voluntades podrán mantener la figura de las ESE individuales con diversas razones sociales.

En cualquier caso, su configuración corresponderá a redes regionales de salud definidas en la presente Ley. Al interior de cada red regional, existiría una organización por micro territorios y la disposición de redes de prestadores primarios y de estos con prestadores complementarios.

Parágrafo primero. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 1751 de 2015, y la Ley 1996 de 2019 en su artículo 8, las ESE que no tengan sostenibilidad financiera por dificultades administrativas o técnicas, deberán reestructurarse, fusionarse o adoptar otros mecanismos para alcanzar la viabilidad financiera y de servicios.

Parágrafo segundo. Si la venta de servicios por condiciones del mercado no financia la prestación de servicios de salud, las ESEs podrán recibir subsidios de oferta.

Al respecto, en el capítulo III del Libro Segundo de la Ley 100 de 1993, se dispuso que dichas empresas se deberían financiar, básicamente, con la venta de servicios (art. 195, numeral 7). En adelante, se desarrolló un proceso de adecuación de estas entidades, tanto nacionales como territoriales, a esa lógica, aspecto que se vio reciamente reforzado con el Acuerdo Extendido de Colombia con el Fondo Monetario Internacional, suscrito en 1999²⁹. A través del mismo, el Estado colombiano se comprometió a cambiar el régimen de participación de las entidades territoriales (que efectivamente realizó a través del Acto Legislativo 1 de 2001) y reducir el gasto público tanto a nivel central como en los niveles territoriales, aspecto que se implementó con la Ley 617 de 2000.

En relación con las Empresas Sociales del Estado, el artículo 14 de la Ley 617 de 2000 dispuso la liquidación de las empresas prestadoras de servicios de salud que generan pérdidas durante tres años seguidos pues “[...] se presume de pleno derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, en ese caso sólo procederán las transferencias, aportes o créditos necesarios para la liquidación”.

Pero fue indudable que la interpretación gubernamental del cambio constitucional y su afán racionalizador resultó en contravía del Estado Social de derecho y del entendimiento del mismo por parte de la Corte Constitucional. Respecto del mencionado artículo 14, esa Alta Corporación precisó lo siguiente:

“[...] las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud a que alude el artículo 14 de la Ley 617,

²⁹ Acuerdo Extendido de Colombia con el Fondo Monetario Internacional de 1999, https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/acuerdo_Colombia-FMI.pdf (18.8.2023).

cuya finalidad prioritaria no es la de reportar utilidades económicas sino beneficio social. Su función está directamente vinculada al cumplimiento de los fines esenciales y de las obligaciones sociales del Estado, en el marco general del Estado social de derecho (C.P., arts. 1, 2 y 49). Además de no estar comprendidas en las actividades señaladas en el artículo 336 de la Constitución, por la naturaleza de su actividad, **los criterios para determinar su eficiencia no pueden ser exclusivamente de carácter económico ni de rentabilidad financiera**".³⁰ (Se resalta)

A pesar de esa decisión, la política de ajuste se mantuvo casi inmutable y fue así como en aplicación de la misma se adoptaron los Documentos CONPES 3175 de 15 de julio de 2002 y 3204 de 6 de noviembre de 2002 en los cuales se persiste en la política de ajuste fiscal sin considerar el beneficio social. En el último de los documentos se precisa que

“La operación de los hospitales públicos en el mercado, será tal que éstos financien sus gastos a través de los ingresos generados por la venta de servicios a las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado, Entidades Obligadas a Compensar, entidades territoriales y demás pagadores del sistema. En el caso de las entidades territoriales, éstas deberán soportar su gasto en la compra de servicios de salud mediante modalidades de pago diferentes a la transferencia directa, y será consistente con la cantidad y valor de los servicios efectivamente prestados.”³¹

Por su parte, el Documento 3447 de 30 de octubre de 2006 analizó el problema de la deuda hospitalaria y consideró que el mismo estaba asociado a *“la regulación del Sistema, la vigilancia y control, la deficiente gestión de facturación y recaudo por parte de las IPS.”*³²

La Ley 1122 de 2007 pretendió dar respuesta a estas falencias a través de medidas exógenas como el pago de las deudas del régimen subsidiado (art. 12), el giro directo a los prestadores (art. 13), la regulación de la integración vertical (art. 15), la contratación obligatoria del 60% por parte de las EPS del régimen subsidiado y del 100% a cargo de las entidades territoriales en lo que se refiere a la prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada (arts. 16 y 20). Adicionalmente, se fortalecieron las funciones de inspección, vigilancia y control (arts. 35 y 42), entre lo que se destaca la función jurisdiccional asignada a esta. A nivel endógeno, dispuso que la prestación de servicios de salud por parte de Instituciones públicas sería a través de Empresas Sociales del Estado (arts. 26 y 31), señalando, además que *“En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE”*. Dispuso, así mismo, que *“cuando por las condiciones del mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales podrán transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la población, en las condiciones y requisitos que establezca el reglamento”* (art. 26), sin dejar de lado el proceso de selección de gerentes de estas empresas (art. 28). Así mismo, se impulsó el fortalecimiento de asociaciones y cooperativas de las Empresas Sociales del Estado (art. 30). En esta norma, se evidenció el problema de ciertas zonas de alta dispersión poblacional tal y como se observa en el artículo 14, literal I), de la misma en relación con los departamentos de Amazonas, Caquetá, Guaviare, Guainía, Putumayo, Vichada y Vaupés.

³⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sentencia C-540 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³¹ Documento CONPES 3204 de 6 de noviembre de 2002, pág. 20.

³² Documento CONPES 3447 de 30 de octubre de 2006, pág. 7.

Si bien el mensaje ya incorporaba elementos de beneficio social, estos quedaron relegados por la filosofía general de apartamiento financiero del Estado, un aspecto que se incorpora a la ley del Plan Nacional de Desarrollo adoptada en 2007. En efecto, el artículo 36 de la misma establecía lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. Ajuste de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud. Las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud que a 31 de diciembre de 2006 no demuestren condiciones de sostenibilidad financiera entre los gastos comprometidos y los ingresos recaudados, deben desarrollar las acciones necesarias para garantizar su equilibrio financiero.

Lo anterior deberá realizarse en un proceso de transición que garantice su sostenibilidad de acuerdo con las condiciones, plazo, criterios, procedimientos e incentivos que establezca el Gobierno Nacional.

Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en los convenios suscritos en el marco del Programa de Reorganización, Rediseño y Modernización de Redes”.

Respecto de esta norma la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada. Si bien no la retiró del ordenamiento, su constitucionalidad se supeditó a que se interpretara que “(a) las acciones necesarias para garantizar la sostenibilidad y el equilibrio financiero, no pueden comprender negarse a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario, sin necesidad de acudir a la acción de tutela, y (b) tales criterios no justifican el incumplimiento del deber social del Estado de asegurar el acceso de las personas a la red hospitalaria y su financiación”. En esa ocasión, señaló lo siguiente:

“En la sentencia C-559 de 2004, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de la expresión “y financiera” para impedir que esta fuera interpretada en el sentido de darle prelación a la reducción de costos y la disminución del gasto sobre la debida atención a los pacientes y demás usuarios de las Empresas Sociales del Estado ESE.³³ La expresión “y financiera” fue incluida en el numeral 7 del artículo 4° y en el artículo 6° del Decreto 1750 de 2003³⁴ y orientaba el manejo gerencial a garantizar “la rentabilidad social y financiera” de cada ESE. [...]

Ahora bien, frente a los principios de *universalidad*³⁵ y de *solidaridad*³⁶ una interpretación

³³ En la sentencia C-559 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes) se resolvió: **Onceavo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “y financiera” contenida en el numeral 7 del artículo 4° y en el artículo 6° del Decreto 1750 de 2003, en el entendido que los argumentos financieros no justifican negarse a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud debido a los afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela.**

³⁴ [...]

³⁵ Al respecto, la Corte ha definido el principio aludido indicando que “. La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios.” Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

³⁶ En torno del principio de solidaridad la Corte ha explicado que: [...] “El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone

acorde con la Constitución de la expresión acusada impone que la cobertura del servicio de salud frente a las limitaciones financieras del sistema se depure de cualquier tendencia discriminatoria³⁷ y se haga prevalecer un criterio de sostenibilidad entendido bajo parámetros de largo plazo.

Así las cosas, la *rentabilidad financiera* como objetivo de rango legal para la administración de las Empresas Sociales del Estado a que se alude no debe ser entendida como una suerte de parámetro de gestión preponderante de naturaleza netamente especulativa y que tiende a toda costa a la obtención de beneficios cuya constatación sólo sea posible reflejar en los estados contables, y en un año determinado, ni mucho menos como argumento oponible a los usuarios del sistema de seguridad social en salud para justificar el sacrificio de los demás principios superiores que gobiernan el ejercicio de esta actividad.³⁸

Téngase en cuenta que el principio de *solidaridad* en materia de salud impone que “*no siempre la capacidad de pago es condición para acceder al derecho a la salud porque hay circunstancias en las cuales la salud debe protegerse aunque no haya capacidad de pago, como lo ha hecho la Corte en muchos casos en que a través de la acción de tutela se concede el amparo del derecho fundamental a la salud a quienes no tienen capacidad de pago y que requieren la atención en salud*”.³⁹ [...]

Ahora bien, la norma acusada también ofrece una interpretación que podría ser contraria a los deberes sociales del Estado,⁴⁰ a las finalidades sociales del mismo⁴¹ y al goce efectivo del derecho a la salud por parte de personas que acceden a la red pública de hospitales, las cuales son usualmente de escasos recursos.⁴² Esta interpretación constitucionalmente inadmisibles es la de que los hospitales y centros de salud públicos deben siempre autofinanciarse o producir excedentes. Los criterios de sostenibilidad financiera o equilibrio financiero aplicados a instituciones públicas en el ámbito del derecho fundamental a la salud, no pueden tener un alcance ni un efecto que traslade a los mismos la lógica del sector privado. En un Estado Social de Derecho el Estado debe en ciertos lugares del territorio nacional donde el sector privado no está dispuesto a financiar hospitales o centros de salud asegurar que las personas que allí habitan tengan acceso a la salud, incluso si para ello es necesario subsidiar el hospital o el centro que es deficitario.

un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familiares.” Sentencia T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ Cfr. Sentencia SU-623 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Cfr. Sentencias T-746 de 2002, T-059 de 1997 y T-515 de 2000.

³⁹ Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁰ [...] Sobre el contenido de los deberes sociales del Estado, entre otras, en la sentencia C-345 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte señaló que los deberes sociales del estado incluían por ejemplo “(...) *los que tienen que ver con promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; tomar medidas para que la igualdad sea real y efectiva; proteger especialmente al trabajo en todas sus modalidades; garantizar los medios para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas.*”

⁴¹ El artículo 366 de la Constitución señala las finalidades sociales del Estado en los siguientes términos: “[...]”

⁴² El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 define tres maneras de participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud: a través del régimen contributivo, el subsidiado y, de manera temporal, los vinculados. [...].

[...]

Por lo tanto, también es necesario condicionar la norma para excluir aquella interpretación de los criterios mencionados que conduce a sacrificar tanto el acceso a la salud de las personas a la red pública de hospitales como a impedir que el estado financie instituciones prestadoras de salud públicas. Se resolverá, entonces, condicionar la exequibilidad de la norma en el sentido de que (a) las acciones necesarias para garantizar la sostenibilidad y el equilibrio financiero, no pueden comprender negarse a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario, sin necesidad de acudir a la acción de tutela, y (b) tales criterios no justifican el incumplimiento del deber social del Estado de asegurar el acceso de las personas a la red hospitalaria y su financiación.”⁴³

Realizadas estas precisiones, es claro que el párrafo primero del artículo 28 del proyecto de ley, cuando apela a la noción de sostenibilidad financiera por dificultades administrativas o técnicas, contraviene lo expresamente señalado en el citado artículo 24 de la Ley Estatutaria en Salud, cuando claramente señala: “La extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social (...)”, con lo cual se desconoce el carácter de la salud, no como un derecho económico, sino como un derecho constitucional, fundamental y autónomo. Pero, además, va en contravía de los principios esenciales del Estado y de la propia ley estatutaria y la jurisprudencia mencionada.

Para los fines pertinentes, cabe anotar lo que señala expresamente el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política, que parece desconocerse con este proyecto de ley, norma que establece lo siguiente: *“Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”*. (Subrayado fuera del texto).

La norma que se estudia está orientada entonces en el enfoque racionalizador que afecta sensiblemente la oferta pública y desconoce su razón de ser y el fortalecimiento de esa oferta que se encuentra tanto en el Acto Legislativo 2 de 2017 y en la Ley 2294 de 2023. En relación con la primera de las normas, de destaca que:

ARTÍCULO 1°. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así: Artículo transitorio xx. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales.

Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los

órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.

Precisamente, para honrar el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Plan Nacional de Salud Rural, contempla como uno de sus criterios “La construcción y el mejoramiento de la infraestructura sobre la base de un diagnóstico amplio y participativo que permita atender al mayor número de usuarios y usuarias en cada región, la dotación de equipos, incluyendo la adopción de nuevas tecnologías para mejorar la atención (ej. Telemedicina), y la disponibilidad y permanencia de personal calificado”.

Sobre Capítulo VIII. Financiación

Este capítulo del proyecto de ley, refleja la intención de continuar incorporando conceptos, lógicas y perspectivas del aseguramiento comercial en la prestación de servicios de salud, como si fuese parte de la garantía del derecho fundamental a la salud, lo cual, por años, ha significado la restricción en el acceso real y efectivo a las personas, frente a los servicios de salud, debido a que se desarrolla desde la perspectiva de la utilidad económica y la rentabilidad y no desde su perspectiva actual, es decir, como la prestación de un derecho constitucional, fundamental y autónomo, que es lo que actualmente es el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo señalado en la Sentencia T-760 de 2008 proferida por la Corte Constitucional, lo cual fue ratificado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

En relación con el Fondo de Garantías del Sector Salud, propuesto en los artículos 35 a 38 del proyecto, es pertinente indicar que no es claro el objeto y lo que busca asegurar, así como tampoco, un análisis de suficiencia y sostenibilidad del mismo, teniendo en cuenta que se establece como objeto del fondo “*garantizar la continuidad de prestación de servicios de salud al usuario cuando esta pueda verse amenazada por la imposibilidad de pago por parte de las EPS o prestadores*”. Al respecto, es necesario tener en cuenta que en cuanto a las funciones del Fondo se establece asegurar recursos y prestar apoyo financieros, lo cual, no implica per se la garantía en la continuidad de la prestación de servicios de salud al usuario.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 35. Creación y objeto del Fondo de Garantías del Sector Salud.

Créase el Fondo de Garantías del Sector Salud como una entidad del nivel descentralizado, de naturaleza única, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y patrimonio independiente, sometida al derecho público y vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con su objeto y naturaleza. Deberán inscribirse obligatoriamente en el Fondo, las EPS y de forma voluntaria los prestadores de servicios y otros proveedores de servicios y tecnologías en salud.

El Fondo tiene por objeto garantizar la continuidad de prestación de servicios de salud al usuario cuando esta pueda verse amenazada por la imposibilidad de pago de obligaciones por parte de las EPSs o prestadores de servicios como resultado de problemas financieros.

Parágrafo primero. Las operaciones del Fondo se regirán por esta Ley, por las normas del derecho privado y por el reglamento que expida el Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley

Parágrafo segundo. El Gobierno Nacional reglamentará, dentro de los seis (6) meses a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, las condiciones de amparo del seguro de acreencias para las IPS y proveedores de servicios y tecnologías en salud, con el fin de cubrir el pago de las obligaciones en los montos que se definan, garantizando en todo momento que exista un riesgo asegurable para el Fondo.

Artículo 36. Órganos de Dirección y Administración.

Son órganos de dirección y administración del Fondo de Garantías de Sector Salud: la Junta Directiva y el director

La Junta Directiva estará compuesta por cinco (5) miembros, así: el Ministro de Salud y Protección Social o su delegado quien la presidirá, un (1) delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, un (1) representante designado por el presidente de la República, el director de la ADRES o su delegado. El director será designado por el presidente de la República.

Artículo 37. Funciones del Fondo de Garantías del Sector Salud.

Para desarrollar el objeto el Fondo tendrá las siguientes funciones:

35.1 Servir de instrumento para el fortalecimiento patrimonial que permita el acceso a crédito y otras formas de financiamiento.

35.2 En los casos de intervención ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud, designar el liquidador, el agente especial o el administrador temporal de la respectiva entidad y al revisor fiscal, así como efectuar el seguimiento sobre la actividad de los mismos.

35.3 Apoyar financieramente los procesos de intervención, liquidación y de reorganización de las entidades afiliadas para lo cual podrá participar transitoriamente en el capital y en los órganos de administración de tales entidades, en cuyo caso el régimen laboral de los empleados de las entidades no se modificará.

35.4 Definir y recaudar el pago de la prima del seguro de acreencias para Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

35.5 Desarrollar análisis de riesgos financieros para efectos de informar a la Superintendencia Nacional de Salud cuando considere que existen situaciones en las cuales algunas entidades afiliadas ponen en peligro la confianza del aseguramiento en salud o incumplen cualquiera de las obligaciones previstas en la Ley, para que la superintendencia tome las medidas que le corresponden.

35.6 Las demás operaciones que autorice el Gobierno Nacional en el marco de su objeto.

Parágrafo primero. Las condiciones para la participación del Fondo en el capital o patrimonio de las EPS serán las previstas en el estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas aplicables para el caso del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFÍN y el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas FOGACOO.

Parágrafo segundo. En el caso de las entidades cooperativas, mutuales, las cajas de compensación y en general las entidades sin ánimo de lucro, el máximo órgano social de las entidades, por

solicitud de la Superintendencia Nacional de Salud, podrán disponer la conversión de la entidad en una sociedad de carácter comercial, en circunstancias excepcionales.

Parágrafo tercero. El Fondo gozará de las siguientes prerrogativas: a) para todos los efectos tributarios será considerado como establecimiento público; b) estará exento del gravamen a los movimientos financieros, registro y anotación e impuestos nacionales diferentes al impuesto sobre las ventas, no cedidos a entidades territoriales; c) Igualmente, estará exento de inversiones forzosas.

Artículo 38. Fuentes de recursos del Fondo de Garantías del Sector Salud.

El Fondo recaudará y administrará los siguientes recursos para el desarrollo de su objeto en relación con las entidades afiliadas y al pago de los pasivos a su cargo, a saber:

36.1. El producto de los derechos de afiliación obligatoria de las EPS y prestadores de cualquier naturaleza, que se causarán por una vez al año y serán fijados por la Junta Directiva del Fondo.

36.2. Las primas que deben pagar las EPS y prestadores afiliados en razón del seguro de acreencias de IPS fijados por la Junta Directiva del Fondo.

36.3. Los beneficios, comisiones, honorarios, intereses y rendimientos que generen las operaciones que efectúe el Fondo.

36.4. El producto de la recuperación de activos del Fondo.

36.5. El producto de préstamos internos y externos.

36.6. Las demás que obtenga a cualquier título, con aprobación de su Junta Directiva.

Respecto a la financiación del fondo, si bien el proyecto de ley define las fuentes de financiación, no es explícito en mencionar la procedencia de las mismas, teniendo en cuenta que estas entidades reciben recursos públicos que tienen una destinación específica, y que tal y como se encuentra planteada la propuesta, estos recursos podrían ser usados para el pago de las primas y el derecho de afiliación que deben pagar las EPS y los prestadores.

En cuanto a las operaciones adelantadas por dicho fondo, no se consideran las condiciones para acceder a los recursos del fondo, la no exoneración de la responsabilidad administrativa y financiera y la presentación de una garantía real para soportar la deuda por parte de las EPS, si a ello hubiera lugar. Asimismo, no se evidencia la incorporación del trámite de comprobación de la imposibilidad de pago por parte de las EPS e IPS y a partir del resultado, en conjunto con la Superintendencia Nacional de Salud determinar criterios de calidad, eficiencia o cumplimiento que deriven en sanciones por el incumplimiento de pago.

Adicionalmente, es necesario revisar las funciones que se están asignando a entidades como la Superintendencia Nacional de Salud y las asignadas al Fondo que ya son desarrolladas por esta entidad, de manera que se delimiten los alcances de estas funciones.

En última instancia, es preciso mencionar que el capítulo VIII correspondiente a *Financiación* solo hace referencia a la creación y financiación del Fondo de Garantías y no a la financiación en general, tal y como lo sugiere el nombre del capítulo en mención. En este sentido, no es claro si la iniciativa busca definir la financiación del Sistema de Salud.

En el anterior contexto, en las condiciones en que está definido la creación y operación del Fondo de Garantías, no se considera viable, hasta tanto no se definan claramente el objeto, las fuentes y los análisis de suficiencia y sostenibilidad.

Por su parte, el artículo 39 del proyecto de ley presentado señala que a las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se les aplicarán las reglas del régimen de insolvencia empresarial establecidas en la Ley 1116 de 2006, lo cual sería un error, por cuanto la Ley 1116 de 2006 que corresponde al Régimen de Insolvencia Empresarial, es una norma que expresamente no aplica para los sujetos vigilados por la Superintendencia Nacional de Salud, como las EPS e IPS, por exclusión expresa realizada en los numerales 1 y 9 del artículo 3o. de la referida ley, la cual señala lo siguiente:

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 39 Régimen de Insolvencia:

A las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se les aplicarán las reglas del régimen de insolvencia empresarial establecidas en la Ley 1116 de 2006, previa armonización mediante regulación que expida el Gobierno Nacional.

“ARTÍCULO 3o. PERSONAS EXCLUIDAS. No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. [...]

9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar. (...).”

(Subrayado fuera del texto).

De lo anterior se sigue que la exclusión es doble, por cuanto por una parte hay exclusión directa y expresa en el citado numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1116 de 2006, y por otro lado existe una exclusión indirecta, del numeral 9, dado que las EPS, IPS y demás entidades descritas en el numeral 1, tienen un régimen especial que las rige que es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lo cual se evidencia de conformidad con lo señalado en el parágrafo 2º del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, que señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 233. DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud es un organismo adscrito al Ministerio de Salud con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

(...)

PARÁGRAFO 2o. El procedimiento administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que se consagra por las disposiciones legales para la Superintendencia Bancaria. Los actos de carácter general que expida la

Superintendencia Nacional de Salud no producirán efectos legales mientras no se publiquen en el boletín del Ministerio de Salud, Capítulo, Superintendencia Nacional de Salud, el cual podrá ser editado y distribuido a través de esta.” (Subrayado fuera del texto).

Para los fines pertinentes, el procedimiento administrativo de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) es el Decreto – Ley 663 de 1993 que corresponde al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus decretos reglamentarios, como es el caso del Decreto 2555 de 2010, entre otros.

Inspección, vigilancia y control (Capítulo IX)

Respecto al artículo 40 del proyecto de ley, Regulación de Conglomerados Empresariales del Sector Salud, cabe anotar que dicha norma es muy general y no profundizó en el amparo de los recursos que forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cuales son recursos parafiscales. Dicha norma debe prever el tema de la regulación de conglomerados empresariales en el sector salud, con el ánimo de, por ejemplo, identificar a los beneficiarios reales de las operaciones o transacciones realizadas por personas jurídicas y naturales y/o patrimonios autónomos, para identificar a los grupos empresariales y de ser el caso, decretar el levantamiento del velo corporativo y por ende la desestimación de la personalidad jurídica identificando a los controlantes, asociados, aportantes o beneficiarios reales, en desfalcos, determinando, en algunos casos, si procede su responsabilidad en los actos que provocaron la cesación de pagos de la entidad vinculada o relacionadas, ante la inminencia de pérdida de activos por la indebida aplicación de los recursos de la salud, por tratarse de recursos parafiscales.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 40. Regulación de Conglomerados Empresariales del Sector Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud tendrá a cargo la regulación de todas las empresas que manejen recursos de la UPC y de sus holdings en lo concerniente al uso de los recursos de la UPC. Definirá los requerimientos de capital y autorizará las inversiones que hagan en otras empresas del sector salud, buscando reducir el riesgo endógeno y su transmisión a lo largo del sector.

Parágrafo. El Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud expedirán, en un plazo no mayor a un año, la reglamentación correspondiente.

Aunado a lo anterior, el artículo 40 del proyecto realiza ningún tipo de restricción, en materia de regulación de conglomerados y grupos empresariales del Sector Salud, frente a las restricciones que deberían para evitar que se reinviertan los recursos en salud, que como se mencionó son de naturaleza parafiscal y no privada, razón por la que únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios de salud, sin que quepa destinarlos para otros presupuestos o rubros.

Es necesario precisar que la Superintendencia Nacional de Salud no tiene facultad regulatoria. Esta función rectora se encuentra a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, en el marco del artículo 59 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto Ley 4107 de 2011; por tanto, no se considera

apropiado asignarle a la SNS la función de regulación *de todas las empresas que mantienen recursos de la UPC y de sus holdings en lo concerniente al uso de los recursos de la UPC.*

Adicionalmente, respecto de la definición por parte de la SNS de los requerimientos de capital y la autorización de las inversiones que hagan en otras empresas del sector salud, el artículo 75 de la Ley 1955 de 2019 estableció las competencias de inspección, vigilancia y control de la SNS respecto de la composición de capital o del patrimonio de las EPS. En específico, establece que se requerirá la aprobación de dicha superintendencia frente a todo acto jurídico, sin consideración a su naturaleza, de nacionales o extranjeros, que tenga por objeto o efecto la adquisición directa o indirecta del diez por ciento (10%) o más de la composición del capital o del patrimonio de una entidad promotora de salud. Asimismo, mediante el Decreto 256 de 2021 y la Resolución 1197 de 2021 este Ministerio reglamentó el mencionado artículo.

En este sentido, no se evidencian aspectos normativos adicionales a la regulación mencionada, por lo tanto, se sugiere eliminar este artículo.

Adicionalmente, los recursos de la UPC ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal, establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los artículos 48 y 49 constitucional, prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en la Carta Política en materia de salud. Ha indicado la Corte Constitucional:

20. El gravamen al movimiento financiero que pesa sobre las transacciones hechas entre las EPS y las IPS que no hace distinción entre los contratos de prestación de servicios de salud cubiertos por el POS y los contratos de sobreaseguramiento en salud propios de los planes complementarios y demás servicios ofrecidos por los entes de salud, grava recursos que sí le pertenecen al sistema y los destina para fines diferentes a los de la Seguridad Social lo cual, constituye una violación a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política. Así, como también grava las transacciones entre las ARS y las IPS cuando son operaciones que pertenecen al régimen subsidiado.

21. De otra parte, supongamos que el GMF no afecta los recursos previstos en el cálculo de la UPC porque debido al carácter indirecto del impuesto éste (GMF) se traslada o bien al usuario cuando paga las cuotas moderadoras o bien a las IPS cuando facturan el pago de los servicios de salud prestados a los afiliados en razón al Plan Obligatorio de Salud. Ambas situaciones, previstas dentro del ciclo que siguen los recursos, igualmente afectarían las rentas parafiscales o recursos propios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

21. La configuración del Sistema General de Seguridad Social en Salud en forma de administración delegada debe mantener un equilibrio económico que le permita cumplir con los propósitos constitucionales. La Corte ha sostenido de manera sistemática que: "hacer efectivo el derecho a la seguridad social (CP art. 49) de quienes oportuna y cumplidamente cotizan con las entidades administradoras de salud, con lo cual se pretende, además, proteger los recursos parafiscales de la seguridad social y exigir un grado importante de eficiencia en el pago y las transferencias de las cotizaciones, las cuales, en virtud del principio de solidaridad, revierten en beneficio no sólo del asalariado y su familia sino también de otras personas, en virtud de la existencia del régimen subsidiado de salud. Se trata pues de finalidades que no sólo son jurídicamente legítimas

sino que tienen gran importancia, conforme a los valores constitucionales, puesto que la Carta establece que la eficiencia y la solidaridad son principios que orientan el sistema de seguridad social en salud (CP arts 48 y 49), por lo cual se deben proteger los recursos económicos que financian el sistema". Sentencia C-177 de 1998.

Las consideraciones entorno al equilibrio y estabilidad el Sistema General de Seguridad Social en Salud no son en ningún momento ajenas a la imposición del GMF. **El impuesto indirecto establecido para las transacciones financieras que afecta las relaciones entre las EPS y las IPS altera las condiciones de prestación del servicio de salud y saca del ciclo del sistema recursos indispensables para cumplir con el mandato constitucional de universalizar y optimizar el servicio de seguridad social en salud. [...]**⁴⁴

Con respecto al artículo 41, medidas antievasión y elusión, es importante precisar que la UGPP, de acuerdo con la Ley 1151 de 2010, cuenta con la función de fiscalizar a los aportantes y liquidar las obligaciones que sean adeudadas al Sistema de Protección Social Integral respecto de las contribuciones parafiscales de la protección social, es decir, las contribuciones a cargo de los evasores que no se encuentran afiliados al Sistema.

Proyecto de ley 05/23 (S)

Artículo 41. Medidas Anti-Evasión y Elusión.

La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) y la DIAN articularán los diferentes sistemas de información y adelantarán de forma conjunta y articulada medidas persuasivas y sancionatorias de acuerdo con la normativa vigente, con el fin de controlar la evasión y elusión en el Sistema de Salud.

Finalmente, si bien se está en desacuerdo con la concepción del proyecto, el artículo 42 fija, sin una fundamentación muy clara, un término de tres (3) años como periodo de transición. Las actividades que involucran la transición como son los equipos de atención comunitaria, equipos extramurales y redes de prestación ya se están adelantando actualmente por lo que esto implicaría un nuevo retroceso en la garantía del derecho fundamental a la salud.

VII. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, en relación con la iniciativa es preciso concluir que lo primero que se destaca es que no se trata de una norma estatutaria a pesar del esfuerzo de confusión que se ha tratado de inocular con el fin de torpedear una reforma estructural al Sistema de Salud en el marco de la Ley 1751 de 2015. Se recuerda que el proyecto retoma múltiples aspectos de uno presentado en 2020 como norma ordinaria y es desarrollo de dicha ley.

De otro lado, se trata de un proyecto de ley que puede considerarse regresivo respecto a las condiciones de acceso al derecho fundamental a la salud, toda vez que, como se establece en el presente escrito, este derecho debe ser garantizado bajo la coordinación y regulación del Estado,

⁴⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-828 de 8 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Se resalta. En el mismo sentido, sent. C-824 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Reyes.

con enfoque territorial y articulación con los determinantes en salud, pudiendo ser contrario a términos del amparo del derecho constitucional, fundamental y autónomo a la salud, en el marco de lo establecido tanto en la Sentencia T-760 de 2008, como en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Su visión es propia de la visión mercantil del derecho en tanto se pretende que, con una serie de ajustes, el modelo que se estructuró en 1993 pueda adecuarse a los elementos básicos contenidos en el Ley 1751 de 2015 y que retoman la Observación General 14 de 200 del CDESC, en un esfuerzo vano. En el mismo, no subyacen los elementos que materialicen el goce efectivo del derecho a toda la población residente en el país y en todo el territorio nacional.

En el mismo sentido, el Proyecto de Ley 05 de 2023 propone mantener un rol directriz en las EPS sin tener en cuenta que las labores de direccionamiento supervisión, organización, regulación, coordinación y control son propias del Estado, en los términos de los artículos 49 de la Constitución Política, modificada por el A.L 2 de 2009, y 2° de la Ley 1751 de 2015.

El enfoque de la salud que contiene el proyecto de ley se orienta hacia el paradigma positivista de la prestación de servicios y medicalización, alejándose de los aspectos esenciales del derecho a la salud.

El proyecto de ley persiste en la introducción de lógicas del aseguramiento desde una perspectiva eminentemente comercial y económica, desconociendo que en la actualidad el derecho a la salud ya no es solo un derecho económico, social y cultural, sino un derecho constitucional, fundamental y autónomo, tal como se dispone en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y lo indicado lo Corte Constitucional, reiteradamente.

La iniciativa deja de lado la aplicación correcta del régimen de insolvencia aplicable a las EPS e IPS, entre otras entidades vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud, también realiza un deficiente desarrollo en materia de regulación de Conglomerados Empresariales del Sector Salud.

El proyecto de ley no propone medidas efectivas para amparar de manera real y efectiva los recursos del SGSSS, los cuales son de naturaleza parafiscal, razón por la que únicamente pueden ser utilizados para garantizar la prestación de los servicios de salud.

Plantea transitoriedades en aspectos como la territorialización y los equipos que ya se encuentran previstos y en implementación, dilatando el cumplimiento de los mismos sin justificación alguna.

No es claro frente a la medida de giro directo, como tampoco lo es frente a aquellas disposiciones en que está definida la creación y operación del Fondo de Garantías, pues se definen claramente el objeto, las fuentes y los análisis de suficiencia y sostenibilidad.

Debilita la oferta pública de los servicios de salud, manteniendo la lógica de rentabilidad económica, e incumple el Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, incorporado al ordenamiento constitucional en virtud del A.L. 2 de 2007.

Finalmente, incorpora al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en decisiones propias del sector salud.

VIII. IMPACTO FISCAL

Para efectos de establecer el impacto fiscal que tendría el proyecto, el día 19 de septiembre de 2023, como miembros de la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República y teniendo en cuenta el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, así como la asignación para ser ponentes del presente proyecto de Ley, solicitamos ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el concepto técnico, los comentarios y consideraciones pertinentes frente al impacto fiscal que tendría la aprobación del texto del Proyecto de Ley No. 05 de 2023 Senado. “Por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a ajustar y fortalecer el sistema general de seguridad social en salud, garantizar a toda la población el derecho fundamental a la salud consagrado en la ley 1751 de 2015, mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuario y garantizar la sostenibilidad del sistema de salud”, acumulado con el Proyecto de Ley No. 086 de 2023 Senado. “Por la cual se modifica la Ley 1751 de 2015 y se dictan otras disposiciones en materia de salud y seguridad social en salud”, para tenerlos en cuenta durante el debate y el trámite legislativo que se adelanta.

IX. CONFLICTOS DE INTERÉS:

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2003 de 2019, para que se configure un conflicto de intereses los congresistas deberán estar incurso en:

- a. *“Beneficio particular: aquel que otorga un privilegio o genera ganancias o crea indemnizaciones económicas o elimina obligaciones a favor del congresista de las que no gozan el resto de los ciudadanos. Modifique normas que afecten investigaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas a las que se encuentre formalmente vinculado;*
- b. *Beneficio actual: aquel que efectivamente se configura en las circunstancias presentes y existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión;*
- c. *Beneficio directo: aquel que se produzca de forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.*

El mismo artículo 1 de la Ley 2003 de 2019 dispone:

“Para todos los efectos se entiende que no hay conflicto de interés en las siguientes circunstancias: a) Cuando el congresista participe, discuta, vote un proyecto de ley o de acto legislativo que otorgue beneficios o cargos de carácter general, es decir cuando el interés del congresista coincide o se fusione con los intereses de los electores...”

En cumplimiento de lo ordenado por el artículo 291 de la ley 5 de 1992, los suscritos ponentes no encontramos circunstancia de impedimento al no evidenciarse un beneficio particular, actual y directo con relación a las disposiciones que pretenden establecer el presente proyecto de Ley, por ser una reforma general, abstracta e impersonal.

X. PROPOSICIÓN:

Por las consideraciones presentadas, rendimos informe de **ponencia negativa** en primer debate del Proyecto de Ley No. 05 de 2023 Senado. “Por medio de la cual se dictan disposiciones orientadas a ajustar y fortalecer el sistema general de seguridad social en salud, garantizar a toda la población el

derecho fundamental a la salud consagrado en la ley 1751 de 2015, mejorar los resultados en salud, aumentar la satisfacción del usuario y garantizar la sostenibilidad del sistema de salud”, acumulado con el Proyecto de Ley No. 086 de 2023 Senado. “Por la cual se modifica la Ley 1751 de 2015 y se dictan otras disposiciones en materia de salud y seguridad social en salud”, en primera vuelta. En consecuencia, solicitamos atentamente de conformidad con lo expuesto en la presente ponencia, **archivar el mencionado proyecto.**

Cordialmente,



ARIEL ÁVILA
Senador de la República
Ponente



CLARA LÓPEZ OBREGÓN
Senadora de la República
Ponente



JULIAN GALLO
Senador de la República
Ponente