Sentencia C-162/22

MECANISMO DE PRESUPUESTO MÁXIMO Y SU LÍMITE DE PAGO IMPUESTO A LA ADRES-No desconoce los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica de las EPS

La Corte concluyó que la buena fe de las EPS no fue defraudada con un cambio intempestivo en cuanto al modelo de recobro por cuanto: (i) desde la adopción del modelo de exclusión introducida con la Ley 1751 de 2015 lo expresamente excluido no se financia con recursos destinados a la seguridad social en salud; (ii) se amplió la cobertura de los servicios y tecnologías con financiación UPC; (iii) el mecanismo de presupuestos máximos opera como una financiación adicional que persigue que el Estado siga sufragando los servicios y tecnologías no cubiertos con la UPC por medio de un pago anticipado y, (iv) en casos excepcionales subsiste el recobro a la ADRES. En cuanto a la presunta violación del principio de confianza legítima por cuenta de la sustitución del sistema de recobros por el mecanismo de presupuesto máximos ni siquiera fue posible su valoración por cuanto no existe una expectativa legítima fundada en hechos concretos, objetivos e inequívocos que permita analizar la afectación de este principio constitucional. Y, en cuanto a la seguridad jurídica, tampoco se desconoce en el caso bajo estudio. Ello, debido a que en abstracto no se avizora una inaplicación de la ley que debe cobijar a cada situación, puesto que los gastos facturados en vigencia del sistema de recobro se tramitaron bajo dicho instrumento. Aquellos pendientes de pago se garantizan por medio de la norma integrada al disponer que la ADRES podrá girar aquellos recursos que correspondan al saneamiento de pasivos, y claramente, a partir del 1° de marzo de 2020 entró en funcionamiento el mecanismo de presupuestos máximos.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cargos distintos

El cargo formulado en la demanda que dio origen a la Sentencia C-126 de 2020 es sustancialmente distinto al cargo presentado en esta oportunidad, de modo tal que la Corte Constitucional no pierde competencia para pronunciarse, en este evento, sobre el fondo de la cuestión planteada.

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Reglas jurisprudenciales para la procedencia excepcional

UNIDAD NORMATIVA Y PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA-Diferencias

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Configuración

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites en desarrollo legislativo

Dentro de los límites sustanciales o materiales, en principio, se pueden encontrar los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Reconocidos, el primero explícitamente y el segundo y tercero implícitamente, en el artículo 83 de la Constitución Política.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Definición/PRINCIPIO DE LA BUENA FE-No es absoluto

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Alcance/PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-No se opone a modificación de leyes

El principio de confianza legítima como límite del legislador implica que: (i) el Congreso de la República cuenta con un amplísimo margen de configuración y por lo tanto puede modificar o derogar las leyes; (ii) es plausible que durante el tránsito legislativo adopte un conjunto de medidas para facilitar el cambio normativo, sin que ello constituya un imperativo en todos los casos; (iii) en el evento de generarse cambios sustanciales en la normativa solo se protegen las expectativas legítimas fundadas en hechos concretos, objetivos e inequívocos, sin que las meras expectativas tengan algún tipo de salvaguarda. Por lo tanto, se requiere, como mínimo la existencia de una situación jurídica consolidada dada bajo el régimen anterior y su consecuente afectación por la ley posterior.

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA-Alcance

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reconocimiento de UPC

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SALUD-Jurisprudencia constitucional

SUMINISTRO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD-Financiación

En la actualidad, se reconocen tres formas de financiación distintas: UPC, presupuestos máximos y recursos de la ADRES. Ello, según se trate de (i) servicios y tecnologías PBS, garantizados a través de los mecanismos de protección con que cuenta el sistema de salud -de protección colectiva o de protección individual- o (ii) servicios y tecnologías excluidos de financiación con recursos públicos de la salud. Con lo anterior queda claro que la financiación de los servicios y tecnologías en salud que han sido expresamente excluidos de aquel siempre ha estado en cabeza del Estado; asimismo, que todo lo incluido en el PBS es financiado con cargo a la UPC, a los techos o presupuestos máximos y en menor medida a los recursos de la ADRES.

SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC-Mecanismo de presupuesto máximo

Expediente: D-14.375

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 “Por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso adelantado, en los términos de los artículos 40.6, 241.4 y 242 de la Constitución y el Decreto 2067 de 1991,1 con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Aida Helena Vergara, en contra del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 integrado.

I. ANTECEDENTES

A. Norma demandada

A continuación, se transcribe la disposición demandada.

“Ley 1955 de 2019

(mayo 25)2

Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, ‘Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad’

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

DECRETA:

(…)

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

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

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

Ley 1966 de 2019

(julio 11)3

Por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(…)

“ARTÍCULO 5. VALORES MÁXIMOS DE RECOBROS. En ningún caso la administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, salvo los recursos destinados al saneamiento de pasivos estipulado en la presente ley, cuando estos sean superiores a los valores y techos máximos que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social, a partir de una metodología que tenga en cuenta los valores recobrados o cobrados, y considerando incentivos por el uso eficiente de los recursos. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) reportará y enviará al Ministerio de Salud y Protección Social las bases de datos estandarizados de conformidad con el mecanismo, periodicidad, variables, oportunidad, detalle y calidad que dicho ministerio defina, a través del portal de registro electrónico y del Sistema Integral de Información contenidos en la presente ley.”

B. La demanda

1. Inicialmente, el escrito de demanda sostenía que el artículo 240 transcrito, al establecer un techo presupuestal en la financiación de los servicios no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud -en adelante, PBS-, violaba la Constitución Política porque: (i) desconocía los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica que se desprenden de su artículo 83; (ii) vulneraba el principio de libertad económica previsto en su artículo 333, e (iii) incurría en una omisión legislativa relativa. No obstante, en la etapa preliminar, se inadmitieron los cargos segundo y tercero,4 lo cuales, al no ser subsanados fueron objeto de rechazo.5 Por lo tanto, la presente Sentencia, solo se referirá al primero de ellos como único cargo.

1. Único cargo. Presunto desconocimiento de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Dice la demandante que estos principios se desconocen toda vez que, el artículo acusado obliga a las EPS -en su interpretación- a asumir todo servicio o tecnología en salud no financiado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación -en adelante, UPC- y que el establecimiento de un techo presupuestal frente a la financiación de insumos no cubiertos por el PBS, hace que el riesgo patrimonial se traslade a las EPS, pues estas, en cualquier caso: (i) no podrán dejar de prestar los servicios en salud que requieran los usuarios del sistema, y (ii) no podrán recobrar al Estado lo que inviertan por el suministro de servicios excluidos del PBS, como tradicionalmente lo venían haciendo. Para llegar a esta conclusión, la demandante recordó y resaltó que las EPS solo están obligadas “a garantizar las coberturas del plan de beneficios definido por el propio Estado”.

1. Precisamente por esto, señaló la demandante, nació la figura del recobro ante el Estado para todos aquellos eventos en que una EPS reconozca a una persona un servicio o tecnología excluido de dicho plan, pues es el Estado el que debe responder financieramente cuando ello ocurra. De este modo, indicó que “[o]bligar a las EPS para que asuman con cargo a la UPC y/o a sus propios recursos, todo aquel servicio no financiado con cargo a dicha

unidad de pago por capitación y/o no cubierto en el plan de beneficios, deviene en una ruptura al equilibrio económico del contrato en el marco del cual han decido asumir su función legal y administrar el sistema de salud por delegación del Estado, claro, teniendo su origen en la Constitución y la Ley, a la luz de los artículos 48 y 49 Constitucionales, que habilitan la relaciones público – privadas en el sector de la seguridad social en salud". Por esto, resaltó, la norma "genera un cambio abrupto en las reglas de juego que venían consolidadas desde hace más de 20 años en la relación EPS–ESTADO", minando así los principios de la confianza legítima y de la seguridad jurídica.

1. Como complemento de lo dicho, la actora señala que "la norma demandada entra en directa confrontación con la facultad legítima y constitucional que le asiste a las aseguradoras dentro del sistema de salud de repetir contra el Estado por todo aquello que las primeras deban asumir en exceso de las cargas legales que les corresponden; dicho de otra manera, al incorporar la norma acusada como lo hace, TECHOS PRESUPUESTALES a las coberturas de los servicios no cubiertos en el plan de beneficios, trasladando por lo tanto el riesgo del exceso contra el patrimonio de las entidades aseguradoras, se genera un daño antijurídico para estas últimas, en tanto y en cuanto estamos ante una medida desproporcionada que, modifica abruptamente las reglas del juego que tanto constitucional como legalmente imperan en el sistema general de seguridad social en salud de manera pacífica y por más de 20 años, derivando de contera una ruptura del equilibrio económico en la relación ESTADO – ASEGURADOR, máxime, cuando quiera que, tales aseguradores no tienen la facultad de limitar la prescripción de servicios a cargo de los profesionales médicos tratantes, so pena de entrar en los terrenos del desconocimiento de la AUTONOMÍA MÉDICA que les resulta constitucionalmente protegida como es apenas natural, a más del goce efectivo del DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD."

C. Trámite procesal

1. Mediante el Auto del 9 de septiembre de 2021, se admitió parcialmente la demanda y se decretó la práctica de algunas pruebas, con el objeto de que tanto el Ministerio de Salud y Protección Social, como la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad

Social en Salud (ADRES), aportaran elementos de juicio que permitieran resolver la eventual inconstitucionalidad de los enunciados normativos demandados. Como consecuencia de ello, se recaudó la siguiente información.

Informe presentado por el Ministerio de Salud y Protección Social

1. El Ministerio de Salud y Protección Social, por conducto de apoderada, remitió un escrito en el que intervino y absolvió las dudas planteadas por la Corte Constitucional. Con esta finalidad señaló que la implementación del presupuesto máximo sí implica un cambio en la financiación de los servicios y tecnologías que no hacen parte del PBS. Sin embargo, explicó que este mecanismo facilita la prestación del servicio de salud a los afiliados, en tanto y en cuanto las EPS ya no tendrán que soportar un trámite administrativo a efectos de que se les reconozca lo invertido al suministrar insumos que no se financian con la UPC.

1. Este presupuesto máximo, añadió, se calcula con base en la metodología establecida para el efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social. En dicha metodología se toman en consideración "aspectos relevantes como la estimación de las cantidades (de la utilización de servicio y tecnologías que reportan realmente los afiliados) y de los valores de referencia realizada con base en los históricos de los últimos cinco años, información que lleva implícito el comportamiento epidemiológico y las dinámicas del sistema de salud colombiano, permitiendo que la remuneración de los servicios y tecnologías, se acoja a las dinámicas y realidades del mercado".

1. Señaló que la implementación de este nuevo mecanismo no se dio de modo intempestivo, en tanto fue socializado con los distintos actores del sector salud, en las reuniones previas a la presentación del proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo. Pero, además, señaló que la socialización del mecanismo no se agotó allí, pues, luego de la sanción de la Ley 1955 de 2019, se propiciaron nuevos espacios de participación en las instalaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales se discutió "con los equipos técnicos de las EPS

(actuarios) y demás actores del sistema interesados” la metodología para calcular los presupuestos máximos. De todas estas reuniones se adjuntaron las actas respectivas.

1. El Ministerio señaló igualmente que el cálculo de los presupuestos máximos se adoptó finalmente mediante las Resoluciones 205 de 2020 y 586 de 2021. Acto seguido presentó las fórmulas que sirven al propósito de computar dichos presupuestos. Con todo, recordó que el artículo 14 de la Resolución 586 de 2021 contempla la posibilidad de que los presupuestos máximos se reajusten “[p]or solicitud de revisión o ajuste de la EPS o EOC, una vez el Ministerio de Salud y Protección Social verifique la información aportada y determine la necesidad”. Resaltó que, en el artículo 18 de la misma Resolución, se contempla que el Ministerio “realizará de manera periódica el seguimiento y monitoreo del presupuesto máximo y que, a partir del resultado de este, podrá evaluar la suficiencia o superación del presupuesto máximo, teniendo en cuenta como mínimo las cantidades reportadas en los módulos del cierre del ciclo del suministro y de facturación de la herramienta tecnológica MIPRES, los valores por UMC y los traslados de afiliados”.

1. Así mismo, resaltó que los presupuestos máximos constituyen “una bolsa de recursos públicos con valores estimados, destinada al pago de tratamientos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS)”. Indicó que es su responsabilidad actuar como rector de la política pública en salud y que, en cuanto tal, le corresponde establecer estrategias “que [permitieran] el uso eficiente y racional de los recursos disponibles para garantizar el derecho fundamental a la salud a través del SGSSS”. Siguiendo ese propósito y teniendo en cuenta lo consignado en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, definió la metodología para calcular el presupuesto máximo y para reajustarlo cuando fuere necesario.

Informe presentado por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

1. El Jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, remitió escrito mediante el cual intervino para referirse a la constitucionalidad de la norma demandada y a la vez respondió los interrogantes

planteados en el Auto del 9 de septiembre de 2021.6 Frente al tema probatorio, envió un reporte en el que se encuentra una relación de los servicios y tecnologías en salud que, no siendo financiados con cargo a la UPC, se han prestado desde el año 2015 a la fecha. Asimismo, indicó que mientras en el 2015 el valor de los recobros ascendía a 2.6 billones de pesos, en el año 2020 se pagó, por el mismo concepto, una suma cercana a los 3.2 billones de pesos. Se aclara que los pagos por recobros efectuados en las vigencias 2020-2021, correspondían a servicios en salud prestados en los años previos.

1. En relación con lo girado en favor de las EPS por concepto de presupuestos máximos, señaló que en el año 2020 se entregó la suma de 4.17 billones de pesos. En el año 2021, hasta septiembre, se habían girado 3.8 billones de pesos. A su turno, presentó los resultados del monitoreo que efectuó sobre los presupuestos máximos para la vigencia 2020. No presentó detalles respecto de la vigencia 2021 porque, según afirmó, ese monitoreo no le correspondía. Con todo, respecto de la vigencia 2020, señaló que con cargo a los presupuestos máximos se presentaron (i) 10.241.647 registros de medicamentos por valor de 3.9 billones de pesos (el 82% del valor suministrado); (ii) 225.715 registros de procedimientos por valor de $211.314.890.512 (el 4% del valor suministrado); (iii) 523.777 registros de APME7 por valor de $300.264.465.353 (el 6% del valor suministrado); y (iv) 1.039.585 registros de servicios complementarios por valor de $372.503.023.959 (el 8% del valor total suministrado).

1. Señaló que los ajustes a los presupuestos máximos pueden darse por el número de afiliados nuevos que reciben las EPS por virtud de los traslados. posibilidad contemplada en la Resolución 206 de 2020. También añadió que se han hecho reajustes a los presupuestos máximos, especialmente, cuando ha existido el riesgo de que la prestación de los servicios supere el rubro entregado a cada EPS. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante la Resolución 2459 del 22 de diciembre de 2020 -por ejemplo- se llevó a cabo un reajuste a través del cual se le entregó, a algunas EPS, un valor adicional que ascendía a $207.632.027.466.

1. Añadió que “NO es posible calificar el presupuesto máximo como una prima de aseguramiento, en el entendido de que la asignación de recursos por este concepto no se determina tomando de base el total de afiliados y la estimación del riesgo de dicha población. El del valor a girar por presupuestos máximos surge de los históricos reportados por diversos agentes del Sistema (IPS, operadores logísticos de tecnologías de salud, gestores farmacéuticos, EPS de ambos regímenes ordinarios y Entidades Obligadas a Compensar – EOC) en el MIPRES sobre prestaciones de servicios en salud que no estuviesen cubiertos con los recursos de la UPC”. En tal sentido, resaltó que las fuentes de financiación conocidas como UPC y presupuestos máximos, eran distintas.

1. Finalmente, señaló que los presupuestos máximos tienen varias ventajas, a saber: (i) permiten la eliminación de los trámites de los recobros, (ii) financian todos los servicios excluidos de la UPC con base en una proyección anual, (iii) permiten un mayor flujo en los recursos de salud que redunda en una mejor prestación del servicio a los usuarios, y (iv) desincentivan el uso de las acciones de tutela.

D. Intervenciones

1. Una vez recaudado el material probatorio solicitado, mediante Auto del 25 de octubre de 2021, se procedió con (i) la fijación en lista del asunto; (ii) la comunicación sobre el inicio del proceso a los Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, al Presidente de la República, a la Directora del Departamento Nacional de Planeación, y a los Ministros de Salud y Protección Social, y de Hacienda y Crédito Público; (iii) el traslado a la Procuradora General de la Nación; y, (iv) la invitación a diversas entidades públicas y privadas, así como a expertos en la materia, para que rindieran su concepto técnico.8

1. Los intervinientes dentro del proceso fueron: (i) la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES; (ii) el Ministerio de Salud y Protección Social; (iii) la Universidad de Cartagena; (iv) el ciudadano Germán Ernesto Ponce Bravo; (v) la

EPS SURA; (vi) el ciudadano José Francisco Mafla; (vii) la ACEMI; (viii) la EPS SANITAS; y (ix) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Finalmente, se recibió el concepto de la Señora Procuradora General de la Nación.

1. Para una mejor exposición de las intervenciones, aquellas serán agrupadas, según su contenido, así: las que solicitan una declaratoria de exequibilidad de la medida; las que consideran que la norma demandada es inconstitucional; y, las que solicitan declarar una exequibilidad condicionada. A renglón seguido se expondrá el concepto de la Señora Procuradora General de la Nación.

Intervenciones que solicitan una declaratoria de exequibilidad

1. En especial, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público precisó que la norma demandada hace parte de un conjunto de medidas adoptadas con el propósito de fortalecer y asegurar la sostenibilidad y calidad del sistema de salud, así como de garantizar la eficiencia del gasto destinado a salud. En particular, la creación del acuerdo de punto final contemplado en los artículos 237 y 238 de la Ley 1955 de 2019 tiene como eje central el saneamiento de pasivos por cuenta de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, al igual que la generación de condiciones que impidan que estos pasivos se sigan generando y acumulando.

1. Ese Ministerio recordó que antes de la expedición de la Ley 1955 de 2019, la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC por parte de las Entidades Promotoras de Salud se realizaba a través del sistema de cobros y recobros. Por ejemplo, luego de la prescripción por parte del profesional de la salud, la EPS estaba en la obligación de dispensar el servicio o tecnología en salud y, posteriormente, presentar el cobro o recobro a la ADRES para que esta pudiera realizar un proceso de auditoría sobre las cuentas. Solo después de ejecutar este proceso, y en caso de que las cuentas obtuvieran resultado de

auditoría positivo, se configuraba un pasivo que hacía procedente el pago. Así, desde el diseño institucional este mecanismo padecía de una serie de limitaciones, a saber:

“i) En la medida en que el proceso requería, como mínimo, la prescripción de la tecnología en salud, su prestación, la presentación del cobro/recobro y la posterior auditoría, el mecanismo generaba rezagos en el flujo de recursos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Elementos como los plazos para la presentación de los cobros/recobros por parte las EPS (3 años después de la prestación del servicio), sumados a los plazos para la realización de la auditoría y para solventar glosas, generaban un lento flujo de recursos para aseguradores y prestadores.

“ii) La alta litigiosidad vinculada fundamentalmente a los resultados de las auditorías, con el costo añadido asociado a los intereses de mora.

“iii) La falta de incentivos para la adecuada gestión del riesgo por parte de los aseguradores. En la medida que la totalidad de servicios y tecnologías en salud dispensados, sin importar la pertinencia médica o su costo, eran sujetos a recobro, las EPS no tenían incentivos para realizar gestión del riesgo en salud ni administración del riesgo financiero.

“iv) La baja predictibilidad del gasto.”

1. En línea con lo anterior, la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público destacó que el establecimiento de los presupuestos máximos ha permitido solucionar los problemas asociados con los recobros, en los siguientes sentidos:

“i) Propende por una mayor liquidez para el SGSSS, pues en la medida que los pagos se realizan de manera anticipada, las EPS cuentan con los recursos para el pago de estos servicios y tecnologías de manera inmediata.

“ii) Redunda en baja litigiosidad, pues no se depende de los resultados de una auditoría.

“iii) Los incentivos para realizar la gestión del riesgo en salud y administración del riesgo financiero se encuentran alineados, tal y como sucede con la UPC.

“iv) El gasto resulta predecible, sin perjuicio de que sea importante que el mecanismo continúe madurando en varios sentidos que contribuyan a perfeccionar la realización de los cálculos a través de los cuales se define el techo o presupuesto máximo al que alude la norma demandada.”

1. Concluyó que la norma demandada, lejos de vulnerar el artículo 83 superior, “en la medida que se obliga a las EPS a realizar la gestión del riesgo en salud y administrar el riesgo financiero, los presupuestos máximos cumplen con una función vital de la que adolecían los recobros: permite racionalizar el gasto en salud. En otras palabras, no solamente mejoran los resultados en salud (vía gestión del riesgo en salud), sino que además mejoran la calidad del gasto. Así, este cambio legislativo permite garantizar la sostenibilidad financiera del SGSSS, pues mediante la norma demandada se configuró una herramienta para la optimización y buena gestión de los servicios no financiados con cargo a la UPC, así como también se buscó incrementar la eficiencia en el gasto”.9

1. Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social indicó que la sostenibilidad del sistema de salud es un objetivo importante a seguir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015.10 Resaltó que la implementación de los presupuestos máximos persigue “el saneamiento progresivo de la cartera asociada a servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC así como un efectivo control del gasto en salud, entre los agentes del sistema de salud en los regímenes contributivo y subsidiado, generando una nueva forma en la prácticas financieras”.11 El Ministerio resaltó que “[l]as tecnologías en salud que no se encontraban financiadas en el mencionado plan [se refiere al PBS] eran asumidas por el Estado bajo la figura de recobros, los cuales con el pasar de los años se fueron transformando en una fuente de gasto desmedido y sistemático”.12

1. En consideración de ese Ministerio, el crecimiento de los recobros, la imposibilidad de controlar el presupuesto que el Estado estaba destinado al pago de los mismos, la cantidad de tutelas que se presentaban por ciudadanos con el objeto de acceder a insumos excluidos

del PBS y la complejidad en los trámites interadministrativos que suponían los referidos recobros, fueron las causas que motivaron la búsqueda de un mecanismo de financiación distinto que contemplara el giro de recursos antes de que los servicios -que no se financian con la UPC- sean prescritos, solicitados y suministrados. Perpetuar la figura de los recobros acudiendo al principio de confianza legítima, señaló el Ministerio, desconocería todos los problemas que esta tiene. La Universidad de Cartagena resaltó, citando a esta Corte, que el principio de la confianza legítima no es absoluto y, por tanto, no impide al Congreso de la República la emisión de nuevas normas.

1. En consideración de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, resulta necesario hacer la distinción entre los siguientes conceptos:

DEFINICIÓN

Unidad de Pago por Capitación – UPC

El valor que reconoce el Sistema a cada EPS para garantizar de la prestación de los servicios de salud.13 Esa UPC garantiza un Plan de Beneficios a los afiliados.14

Presupuesto Máximo de Recobro

El valor calculado que la ADRES transfiere a las EPS para que éstas realicen gestión y garanticen a sus afiliados los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

1. Así, si bien el cargo explica que las EPS tenían la garantía de acudir al recobro para recuperar los gastos por servicios no incluidos en los Planes de Beneficios, no puede olvidarse que dicha posibilidad parte de la base que el Estado no había reconocido ningún valor con anterioridad a ese gasto, rompiendo el equilibrio entre esos agentes y la

Administración. Sin embargo, no puede trasladarse ese mismo análisis a la realidad actual, pues ésta es diferente, toda vez que, el Sistema creó una nueva fuente de financiación para atender dichas prestaciones, la cual es girada de manera previa a cualquier gasto por parte de la EPS, permitiendo a dicha entidad contar con los recursos de manera anticipada y evitando finalmente que tenga que asumirlos con cargo a su patrimonio. Así las cosas, en ningún momento el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 señala o sugiere que las EPS financien servicios no incluidos en el Plan de Beneficios con recursos de UPC o con recursos propios.

1. En concepto de la Universidad de Cartagena, “ante la evidente crisis financiera del sistema de salud y el crecimiento de la deuda derivada de servicios y tecnologías no financiados por la unidad de pago por capitación (UPC), se hizo necesario la creación de nuevos mecanismos de control para mejorar el manejo y la perpetuidad del sistema y la eficacia de la utilización e inversión del buen manejo de sus recursos”.15

1. Por su parte, el experto Germán Ernesto Ponce Bravo indicó que no comparte la interpretación de la demandante sobre el alcance de la norma enjuiciada, por cuanto la medida prevista por el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 busca mejorar el flujo de recursos del sistema general de salud, limitando el mecanismo de recobro de prestaciones no contempladas en la UPC, a través del giro directo de recursos a las EPS ex ante, y no ex post como sucede en la actualidad, es decir, que en lugar de que la administradora haga el recobro después de prestar el servicio, o después de un proceso auditoría y solución de glosas, reciba los recursos con anterioridad y de manera periódica, con base en un cálculo técnico y de carácter prospectivo, que permita una bolsa de recursos suficiente para responder por una debida prestación del servicio. Mejorar el flujo de recursos con este cambio de procedimiento, pretende materializar los principios de integralidad y oportunidad en la atención que garantiza el derecho a la salud, porque condiciona el uso de recursos a la efectiva gestión del modelo por resultados.

1. El gráfico 1 muestra a continuación el camino que desde la política pública se viene transitando con el fin de consolidar el modelo de aseguramiento para mejorar la prestación del servicio. Incluso, para llegar al artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 se requerían pasos precedentes y, en este sentido, se encuentran medidas que ya vienen imponiendo un límite al monto del recobro, como se desarrollará más adelante.

“Gráfico 1. Ruta de mecanismo de financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Fuente: elaboración propia.”

1. Señaló que la confianza legítima y la libertad de empresa de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, se encuentran condicionadas al mecanismo de aseguramiento que fundamenta la administración del sistema de salud. Así las cosas, si el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS es el conjunto de políticas, instituciones, normas, recursos y mecanismos orientados a garantizar el acceso efectivo de los habitantes del territorio nacional al servicio de salud en condiciones de integralidad y calidad; el aseguramiento en salud, es el mecanismo técnico y financiero que garantiza el acceso a los servicios y tecnologías en salud, bajo las condiciones previstas en el plan de beneficios regulado por el Estado. Esta es la razón por la cual se entiende que el aseguramiento en salud, en tanto instrumento económico y financiero, forma parte integral del SGSSS, y que en el marco de la demanda que nos ocupa, es el elemento central.

1. En cuanto a la unificación de plan básico de atención y la figura del recobro como mecanismo de financiación, estimó que el objetivo de la medida acusada era el de garantizar el derecho a la salud de una forma efectiva, conllevando a una reducción de las acciones de tutela. Así, de acuerdo con las cifras de la Defensoría del Pueblo (2018) y de la Corte Constitucional, en el 2013, de las 454.500 tutelas, 115.147 fueron por salud y a 2019 se habían presentado 207.367, para una tasa de crecimiento del 80%. De esta manera, se

incrementó en 5 p.p. su participación en el periodo de referencia. Es vital destacar que desde 2009, la salud es la segunda causal invocada vía tutela. De las no financiadas por UPC, según el Ministerio de Salud (2020), en 2010 representaban el 46%, posteriormente, se estabilizó en el 2011 a 2015 en aproximadamente el 40%, para 2018 su participación bajó al 18%.

1. Por su parte, frente al crecimiento del recobro, señaló que desde el año 2012 a 2018, los valores recobrados han pasado de $1.7 billones a $4.5 billones, según la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, esto ocurre por la presión de las nuevas tecnologías en salud, como es el caso de los medicamentos de altos costos, e igualmente, por el aumento en los costos de los medicamentos, siendo este tema de precios su causa principal, más que el número de personas solicitando estos servicios. Lo anterior pese a que el Gobierno ha fijado mecanismos de control de precios, la actualización del PBS, implementación MIPRES, eliminación de los CTC y valores máximos de recobro. De acuerdo con la Contraloría General de la República (2020), el diferencial entre los valores recobrados y aprobados que en promedio es del 23% entre 2014 y 2017 sería por las glosas, mientras que, en 2018 ocurre por la suspensión de la auditoría a partir del mes de abril, en la transición de la creación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

“Gráfico 2. Valores recobrados y aprobados para el periodo 2012 a 2018

1. En suma, concluyó que la afirmación de la demandante en la cual señala: “Con ello resulta claro el desequilibrio financiero y la libertad económica que amparan la Constitución Política de Colombia, al imponer cargas y erogaciones que estos sujetos pasivos (EPSS) no están obligados a soportar y más aún, en detrimento de la ecuación o equilibrio económico del contrato que rige la relación ESTADO – EPS”, no es del todo precisa, en la medida que el Estado continuará cumpliendo con su obligación, pero en (i) un marco de eficiencia de los recursos financieros destinados a la salud, estableciendo el presupuesto máximo para un grupo de tecnologías que se encuentran bien representado en la base de datos de MIPRES, y

de la misma manera, (ii) aún continua la opción de hacer recobros para aquellos medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponible para compras centralizadas y aquellos requeridos para pacientes con enfermedades huérfanas diagnosticados por primera vez en 2020. Adicionalmente, (iii) en caso de que no sea suficiente, la ADRES tiene la obligación de realizar revisiones periódicas y modificaciones en los casos mencionados previamente. A raíz de esto, en 2020 se hizo un ajuste a través de la Resolución 2459 de 2020 de ambos regímenes.

Intervenciones que consideran que la norma demandada es inexequible

1. En este sentido intervinieron la EPS SURA y el ciudadano José Francisco Mafla. La EPS SURA solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de la medida. De manera subsidiaria, como se señalará más adelante, solicitó declarar su exequibilidad condicionada. El apoderado de la EPS indicó que la demanda superaba los requisitos de aptitud, pues estaba debidamente fundada; también consideró que en este caso no operaba la figura de la cosa juzgada constitucional porque, aun cuando la Corte ya se pronunció en la Sentencia C-126 de 2020 sobre la constitucionalidad de la misma disposición que se ataca, la demanda que se estudia en esta oportunidad presenta un cargo sustancialmente distinto a aquel analizado en la providencia referida.

1. A renglón seguido, el apoderado de la EPS SURA explicó que le asistía razón a la demandante cuando afirmaba que el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 desconocía los principios de buena fe y confianza legítima. Se sumó, entonces, al argumento según el cual el establecimiento de presupuestos máximos para financiar los servicios y tecnologías no cubiertos por el PBS obliga “a las aseguradoras a cubrir con recursos propios la prestación de servicios no PBS o no cubiertos con cargo a la UPC, cuando se superen los topes máximos establecidos por el Min Salud para estos propósitos”.16 Y esto ocurre, según indicó, porque a pesar de la implementación de estos techos presupuestales, el mismo artículo demandado prohíbe a las EPS abstenerse de continuar con la prestación del servicio de salud. Así se refirió sobre este aspecto:

“El artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 también establece la obligación de los prestadores y aseguradores de garantizar todos los servicios de salud, ergo si algunos de estos servicios exceden el valor del monto girado de manera previa como propone la ADRES, tendría que ser cubierto por la EPS alterándose el equilibrio del contrato. De otra parte, que la citada norma, al establecer “una nueva fuente de financiación para atender dichas prestaciones” está limitando presupuestalmente los servicios de salud no PBS que serán cubiertos, afectando el derecho a la salud de los afiliados al sistema.”17

1. Señaló que la propia Corte Constitucional ha sostenido por años que “las EPS se encuentran obligadas a cubrir exclusivamente los servicios del plan obligatorio en salud hoy plan de beneficios en salud, y estos deberán cubrirse con los recursos correspondientes a las UPC”.18 De modo tal que la financiación de los insumos que no se encuentran incluidos en el PBS corresponde al Estado en su totalidad. Es por lo que, señaló, antes de la implementación de los presupuestos máximos no se admitía techo o límite alguno en los recobros.

1. De manera concomitante, el apoderado de la EPS SURA solicitó a la Corte Constitucional integrar la unidad normativa entre el artículo demandado y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019.19 En su interpretación, de este último artículo se desprende una prohibición que expone en los siguientes términos: “[e]stá prohibido a la ADRES reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC superiores a los valores y techos máximos que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social”.20 De este modo, señaló que tanto el artículo demandado, como el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 deben ser expulsados del ordenamiento jurídico dada su íntima conexión.

1. Por su parte, el ciudadano José Francisco Mafla se sumó a la solicitud de inexequibilidad. Señaló que “la figura de techo o presupuesto máximo previsto en el artículo demandado introdujo un cambio abrupto y sin precedentes en la relación existente entre el Estado y los particulares”,21 y con ello desconoció la confianza legítima que tenían las EPS para continuar

recobrando ante el Estado todo lo que reconocieran por fuera del PBS. Recordó que desde la Sentencia SU-480 de 1997, la Corte Constitucional "reconoció […] la posibilidad de que las EPS recobraran ante el FOSYGA por los servicios prestados cuyo costo no estuvieran legal ni reglamentariamente obligados a asumir".22 Concluyó luego que "la norma demandada, al fijar un presupuesto máximo a las EPS para la financiación de los servicios o tecnologías no POS, y además imponerles a dichas entidades la obligación de prestar dichos servicios a pesar del cumplimiento o agotamiento del presupuesto fijado para cada EPS, realmente en la práctica comporta un quebrantamiento del sistema en el cual las EPS han fundado su funcionamiento."23

Intervenciones que solicitan declarar una exequibilidad condicionada

1. Esta fue la postura principal planteada por la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – ACEMI y por la EPS SANITAS. También fue la posición subsidiaria de la EPS SURA. La Asociación analizó la naturaleza de los presupuestos máximos. Resaltó que aquellos no constituyen una prima de seguro, sino que son una bolsa de recursos que sustituye el sistema de recobros que existía antes de la implementación de la medida. De este modo, recordó que "[l]os techos constituyen una forma de pagar a las EPS las prestaciones no financiadas con la UPC, cuyo suministro es una obligación del Estado, no delegada a las EPS."24

1. Así, concluyó que "con los techos las EPS no adquieren la obligación de garantizar el suministro de las tecnologías y servicios no financiadas con UPC, sino que realizan una gestión de los recursos. En consecuencia, la siniestralidad no tiene porqué impactar a la EPS, porque Minsalud está obligado a realizar los respectivos ajustes a los presupuestos máximos, y por ello los techos no tienen por qué tener incidencia alguna en las exigencias de solvencia de las EPS."25

1. Sin embargo, esa Asociación señaló que puede darse el caso en el que los presupuestos

máximos no sean suficientes para financiar en un periodo específico los servicios suministrados por las EPS. En tal evento, solicitaron a esta Corte reconocer que siempre y en todo caso debe “existir equilibrio financiero entre la relación Estado – EPS por concepto de la delegación que se haga a la EPS (gestión a título de administración, aseguramiento o cualquier otro modelo que se adopte) para organizar y pagar los bienes, servicios y tecnologías en salud definidas en la norma”.26 Esto quiere decir que si los presupuestos máximos no son suficientes para financiar los servicios en salud para los cuales están destinados, corresponde al Estado restablecer el equilibrio económico. Ello porque, en ningún caso, las EPS deben asumir los costos de servicios y tecnologías que no estén comprendidos en el PBS. Finalmente, esa asociación también solicitó a la Corte reconocer el derecho, con que cuentan las EPS, de obtener una ganancia legítima por la prestación de sus servicios.

1. La EPS SANITAS explicó, por su parte, que los presupuestos máximos han sido, para esa entidad, insuficientes en las vigencias 2020 y 2021. Señaló que esto rompe el equilibrio financiero entre el Estado y las EPS. Por esta razón, solicitó declarar la exequibilidad condicionada del artículo demandado, en el entendido que “es obligación exclusiva del Estado cubrir todos los servicios y tecnologías No financiados con cargo a la UPC y, por ende, que el Ministerio de Salud y Protección Social debe realizar los ajustes correspondientes al presupuesto máximo, cuando la suma transferida a la EPS resulte insuficiente frente a los servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC prescritos, suministrados y facturados por los profesionales de la salud, las IPS, proveedores y operadores logísticos y/o gestores farmacéuticos, a cargo de las EPS, con el propósito de garantizar el acceso efectivo de los afiliados a los servicios de salud”.27

1. Un requerimiento similar presentó el apoderado de la EPS SURA. Al respecto solicitó a la Corte que “en el evento de entender que existe una interpretación de las disposiciones demandadas que respete el principio de confianza legítima y proteja los derechos tanto de los aseguradores como de los usuarios, declare la exequibilidad condicionada del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, en el sentido de considerar que el modelo de financiamiento previo de los servicios no PBS, […] no exime al Estado de asumir todos los gastos por aquellos

servicios de salud, […] aun cuando excedan los topes máximos transferidos por la ADRES”.28

E. Concepto de la Procuradora General de la Nación

1. El Ministerio Público, por medio del Concepto 7018, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la norma atacada. A su juicio, el principio de confianza legítima no puede entenderse de manera absoluta, pues si así fuera, el legislador no podría establecer reforma alguna al sistema de salud. Sobre el particular, estimó que el Congreso de la República cuenta con una amplia libertad de configuración para regular el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, pues en el marco de la Sentencia C-791 de 2002

“el Legislador tiene un rol primordial en materia de derechos prestacionales como la vivienda, la salud o la educación. Una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros.”

1. Señaló que la modificación contenida en la norma demandada respeta criterios de razonabilidad, pues busca (i) racionalizar la deuda que hoy existe en el sistema de salud por cuenta de los recobros, (ii) eliminar las barreras en la prestación del servicio de salud, (iii) disminuir los tiempos que representan los trámites interadministrativos destinados a los recobros, y (iv) otorgar a las EPS la liquidez suficiente para que presten los servicios de salud no contemplados en el PBS.

1. La Procuradora resaltó que el cambio en el sistema de recobros podía eventualmente impactar la confianza legítima de las EPS, pero que ello no era desproporcionado, particularmente porque: (i) la implantación de los techos presupuestales se socializó de

manera suficiente entre los actores del sistema de salud, (ii) la modificación contemplada en la norma es únicamente operativa, pues el Estado sigue manteniendo la obligación de responder financieramente por los servicios y las tecnologías que no estén en el PBS; y (iii) el presupuesto máximo, además de que se ejecuta con base en una metodología técnica, puede ser reajustado cuando resulte insuficiente.

II. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 241.4 de la Constitución Política, esta Sala es competente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma demandada, en tanto se trata de una disposición contenida en una ley de la República.29

B. Cuestiones previas

1. Antes de resolver sobre el fondo del asunto, corresponde a la Corte referirse, brevemente, a dos asuntos liminares. Esto es, en primer lugar, a la posible configuración de la cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C-126 de 2020; y, en segunda medida, a la integración de la unidad normativa con el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019.

i. Inexistencia de cosa juzgada respecto de la Sentencia C-126 de 2020

1. Por medio de la Sentencia C-126 de 2020, la Corte Constitucional resolvió una demanda contra el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019. En esa ocasión, se estimó que el artículo censurado desconocía el principio de la unidad de materia previsto en los artículos 158, 169 y 339 de la Constitución Política, al no existir, desde su perspectiva, la debida conexión temática, causal, teleológica y metodológica entre la norma demandada y la ley donde esta se hallaba.

1. Luego de analizar el alcance de la disposición demandada y de estudiar el contenido del principio de unidad de materia, en la Sentencia C-126 de 2020, la Corte concluyó que el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 no es contrario, en razón del cargo planteado, a la Constitución Política. En tal sentido, declaró su exequibilidad. Entonces, sobre el particular, la Sala Plena concluyó lo siguiente:

"El artículo demandado incorpora una medida de política pública en materia de financiación de la salud que el legislador ha encontrado necesaria para impulsar el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo en este aspecto (art. 150.3 C.P.). Su regulación no desborda la naturaleza temporal del Plan y tiene conexidad directa con los propósitos y objetivos de su parte general, así como con el diagnóstico de salud en materia de financiación y sostenibilidad de beneficios no cubiertos por la UPC. Igualmente, tiene conexidad teleológica pues está orientada a cumplir el objetivo estructural de equidad en materia de salud específicamente, dicha conexidad es estrecha pues la elaboración del Plan y su documento de bases aborda explícitamente la problemática y diseña una solución para la misma, contempla una estrategia y una acción que de manera sustancial, directa e inmediata propenden por subsanar la problemática identificada."30

1. Dicho esto, queda claro entonces que el cargo formulado en la demanda que dio origen a la Sentencia C-126 de 2020 es sustancialmente distinto al cargo presentado en esta oportunidad, de modo tal que la Corte Constitucional no pierde competencia para pronunciarse, en este evento, sobre el fondo de la cuestión planteada.31

i. Análisis de la integración de la unidad normativa

1. Teniendo en cuenta la intervención de la EPS SURA, en relación con la petición de sumar al control de constitucionalidad el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019, esta Corte analizará si, para el caso concreto, se cumplen con las exigencias determinadas por la jurisprudencia constitucional para hacer uso de la figura de la integración normativa.

1. El control abstracto de constitucionalidad que lleva a cabo la Corte a partir de la acción pública de inconstitucionalidad se define, en principio, como rogado, pues es la ciudadanía misma, a través de la presentación de la respectiva acción, quien solicita a esta Corporación que, a la luz de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, decida sobre la constitucionalidad de "las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación." Es decir, se trata de una función jurisdiccional que se activa por medio de la demanda de inconstitucionalidad.32 Así, como consecuencia necesaria del carácter rogado de la función jurisdiccional que ejerce la Corte a partir de las acciones públicas de inconstitucionalidad, las normas que los ciudadanos señalan como demandadas, en observancia del requisito fijado en tal sentido en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 sobre el concepto de la violación, orientan, en principio, el ámbito de actuación de la Corte.33

1. No obstante, en la parte final del inciso 3 del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, se estableció que "la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales." A partir de esta disposición, esta Corte puede decidir ampliar el ejercicio de su poder de control abstracto a otras disposiciones no demandadas de forma expresa en la acción pública de inconstitucionalidad. Este ejercicio de integración normativa es excepcional y con él se pretende garantizar los principios de seguridad jurídica y economía procesal.34 Esta integración se hace al momento de proferir la sentencia, motivo por el cual, respecto de la norma integrada los intervinientes y el Ministerio Público no tienen la oportunidad de pronunciarse.

1. Mediante dicha integración se pretende conservar la uniformidad del ordenamiento, al incluir en el análisis de constitucionalidad otras disposiciones no demandadas explícitamente pero que requieren ser incluidas, de forma que la sentencia de inconstitucionalidad que se expida no deje de pronunciarse: sobre alguna materia que pertenezca al mismo ámbito de análisis,35 o sobre alguna disposición respecto de la cual se formule eventualmente el mismo problema jurídico. Como puede advertirse, al efectuar la integración normativa también se

procura evitar el desgaste de la administración de justicia.36

1. De lo expuesto hasta ahora, el primer presupuesto que debe concurrir para que la Corte pueda hacer uso de la facultad de integración de la unidad normativa es que se haya formulado al menos un cargo de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones con las cuales se habrá de realizar la integración.37

1. La integración normativa puede producirse en dos modalidades: (i) la integración de la proposición jurídica completa y (ii) la integración de la unidad normativa.38 La primera modalidad está "(…) dirigida a completar el sentido de la disposición acusada con otros enunciados normativos inescindiblemente relacionados con ella, con miras a asegurar que el control recaiga sobre un precepto con un alcance regulador autónomo e inteligible." La segunda, a su vez, está prevista "(…) para extender el efecto de la decisión a otras disposiciones de igual o similar contenido normativo (respecto de las cuales se) busca preservar el principio de supremacía constitucional, garantizar la seguridad jurídica y, en ciertos casos, evitar que el fallo prive de sentido al texto legal acusado"39 (énfasis propio).

1. En el caso de la integración de la unidad normativa, puede efectuarse en cualquiera de las siguientes situaciones: (i) cuando la disposición acusada se encuentre reproducida en otras disposiciones que no fueron acusadas en la acción; (ii) cuando la disposición demandada se encuentra relacionada de forma estrecha con otra que, a primera vista, genera dudas serias acerca de su constitucionalidad; y, (iii) cuando la disposición acusada no tenga un contenido claro o único, de forma que, para poder entenderlo y aplicarlo, sea imprescindible integrar su contenido con el de otra disposición que no fue demandada.40 Adicionalmente, en el caso de la segunda hipótesis, también será necesario acreditar "(…) i) que la disposición demandada tenga estrecha relación con los preceptos que no fueron cuestionados y que conformarían la unidad normativa, y ii) que las normas no acusadas parezcan inconstitucionales."41

1. En consideración de los anteriores requisitos, y con fundamento en la facultad dispuesta al respecto en el inciso 3 del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, la Sala Plena procede a realizar la integración de la unidad normativa por concurrir, en el presente caso, la segunda hipótesis recién mencionada de configuración de la integración normativa, es decir, cuando la disposición demandada se encuentra relacionada de forma estrecha con otra que, en principio, parece ser inconstitucional.

1. Dicha integración debe efectuarse entre lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 "Por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones." Tal y como se ilustra a continuación:

Artículo 240 de la Ley 1955 de 2019

(demandando)

Artículo 5 de la Ley 1966 de 2019

(integrado)

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

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

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

ARTÍCULO 5. VALORES MÁXIMOS DE RECOBROS. En ningún caso la administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, salvo los recursos destinados al saneamiento de pasivos estipulado en la presente ley, cuando estos sean superiores a los valores y techos máximos que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social, a partir de una metodología que tenga en cuenta los valores recobrados o cobrados, y considerando incentivos por el uso eficiente de los recursos. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) reportará y enviará al Ministerio de Salud y Protección Social las bases de datos estandarizados de conformidad con el mecanismo, periodicidad, variables, oportunidad, detalle y calidad que dicho ministerio defina, a través del portal de registro electrónico y del Sistema Integral de Información contenidos en la presente ley.

1. Los dos artículos que vienen de transcribirse, entre otras: (i) persiguen la eficiencia en el gasto destinado al servicio público de salud, (ii) establecen algunos los lineamientos sobre los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, (iii) determinan una relación de gestión entre las EPS y la ADRES, (iv) imponen una obligación de reporte y recepción de información sobre el funcionamiento del mecanismo y (v) remiten a la metodología de incentivos que defina el Ministerio de Salud y Protección Social. Frente a este último punto, en efecto dicho Ministerio ha adoptado las resoluciones 205 de 202042 y 586 de 2021,43 las cuales tienen como fundamento la disposición que se solicita integrar

normativamente dada su relación y proyección intrínseca.

1. Para la Sala Plena, tanto la disposición demandada como la integrada que vienen de señalarse se encuentran relacionadas de forma estrecha con el mecanismo de presupuesto máximo, precepto que, a primera vista, genera dudas acerca de su constitucionalidad. Revisada la jurisprudencia de la Corte, la Sala advierte que no ha analizado la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 en punto de determinar si la prohibición a la ADRES de reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC resulta constitucionalmente legítimo.

1. Por estas razones, y, en atención a los requisitos de configuración de la segunda de las hipótesis de integración normativa señaladas, la Sala considera (i) que la norma que se solicitó analizar por parte de la EPS SURA se encuentra ligada a la norma acusada en la acción de inconstitucionalidad, y, (ii) en los términos de la jurisprudencia constitucional, el contenido del inciso mencionado parece inconstitucional. Por lo tanto, con base en estos razonamientos, la Sala Plena de la Corte Constitucional integrará la unidad normativa y, en consecuencia, se pronunciará de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 1966 de 2019, sobre los valores máximos de recobro.

C. Problema jurídico y esquema de resolución

1. De conformidad con los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte examinar si el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, al crear el mecanismo de los presupuestos máximos, y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 al establecer una prohibición de pagos adicionales a los techos máximos desconoce los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica que rigen las relaciones entre los particulares y el Estado, luego de radicar en las EPS, presuntamente, la responsabilidad de financiar los servicios y tecnologías en salud no sufragados con cargo a la UPC.

1. Para absolver el problema jurídico planteado, la Corte deberá, en primer lugar, estudiar (i) la libertad de configuración legislativa en materia de salud, en relación con los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica como su límite, (ii) la responsabilidad del Estado en la financiación de los servicios y tecnologías cubiertos en el PBS; y a la luz de las reglas extraídas, (iii) resolverá el cargo formulado.

i. La libertad de configuración legislativa en materia de salud. Los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica como su límite

1. En el Estado Social y Democrático de Derecho, el legislador tiene amplias facultades para configurar los contenidos de la Constitución que, dicho sea de paso, se caracterizan por su indeterminación. Es el Congreso de la República el que, en términos precisos, escoge, entre varias opciones, de qué modo los enunciados abstractos del texto constitucional se concretizarán. En ese proceso, el legislador podrá adoptar las medidas que considere necesarias a fin de proteger y desarrollar los mandatos superiores.

1. Estas facultades legislativas se reconocen en la misma Constitución Política. En virtud de lo dispuesto en su artículo 48, por ejemplo, la seguridad social se define como un derecho y un servicio público que debe prestarse, por entidades públicas o privadas, bajo la dirección, coordinación y control del Estado "en los términos que establezca la Ley"44 (énfasis propio). Así, del contenido amplio y abstracto de este artículo, se sigue la necesidad de su concreción. El legislador en ejercicio del principio de libertad de configuración normativa es el llamado, entonces, a desarrollar el derecho a la seguridad social y a reglarlo, para definir -entre otras-, en qué términos se hará efectivo. Estas atribuciones con que cuenta el Congreso de la República para establecer el alcance del derecho a la seguridad social y definir los mecanismos a través de los cuales será protegido, han sido defendidos por la Corte Constitucional en distintos momentos.45

1. Con todo, el principio de libertad de configuración normativa en materia de seguridad

social en salud no es absoluto, en tanto cuenta con algunos límites. La jurisprudencia ha reconocido que estos límites pueden ser de dos tipos:

“De un lado existen límites formales, según los cuales no es constitucionalmente válido que el Congreso apruebe una regulación en la que haga caso omiso de las reglas de competencia o procedimiento (…).

“De otro lado, la configuración normativa del sistema de seguridad social también está sujeta a límites sustantivos o materiales. Límites que tienen que ver, por una parte, con el respeto de los principios específicos de la seguridad social en salud (eficiencia, universalidad, solidaridad), y, por otra, con la salvaguarda de los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha declarado inexequibles normas que implican una restricción desproporcionada de la libertad de empresa o aquellas que afectan sin justificación razonable derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad.”46 (énfasis propio).

1. Dentro de los límites sustanciales o materiales, en principio, se pueden encontrar los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Reconocidos, el primero explícitamente y el segundo y tercero implícitamente, en el artículo 83 de la Constitución Política. Este artículo indica que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (…)”.

1. En cuanto al primero, la Corte ha definido el principio de buena fe como “aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una ‘persona correcta (vir bonus)’. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”. Mas adelante, en esta sentencia se concluyó que “si bien el ordenamiento jurídico por regla general presume la buena fe de los particulares en sus relaciones, y en las actuaciones que adelanten ante las autoridades públicas, este es un principio que no es por esencia absoluto, de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y

en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede”47.

1. En cuanto al segundo, a la fecha no existe una línea jurisprudencial concreta que imponga al legislador mantener incólume las normas que rigen el sistema de seguridad social en salud.48 Por lo tanto, resulta factible traer a colación la Sentencia C-083 de 2018 por cuanto en esta oportunidad la Corte se pronunció sobre la libertad de configuración legislativa frente a situaciones jurídicas consolidadas y el principio de confianza legítima como límites.

“El legislador enfrenta dos tipos de situaciones cuando se trata de modificar o de suprimir normas que establecen beneficios tributarios: (i) Cuando la norma previa ha fijado unas condiciones para acceder al beneficio tributario y ha previsto un periodo determinado dentro del cual el mismo puede hacerse efectivo, el contribuyente que antes de la expedición de la nueva ley ha cumplido con todas las condiciones contempladas en el régimen anterior, tiene una situación consolidada que no puede ser desconocida mientras no se agote el periodo inicialmente previsto para hacer efectivo el beneficio. (ii) Cuando el contribuyente, con anterioridad a la expedición de la nueva ley, no ha cumplido con las condiciones contempladas en la normatividad que se modifica, pero, en atención a consideraciones objetivas, puede alentar la confianza legítima de que la misma se mantendría por un determinado periodo, lo que lo llevo a efectuar actos de ejecución que tienen entre sus supuestos el referido beneficio tributario, tiene derecho a que se contemple un régimen de transición que de manera razonable le permita adecuarse a la nueva realidad.”49

1. Posteriormente, la Corte en la Sentencia C-119 de 2018 reiteró que el principio de confianza legítima en el marco de transformaciones a la legislación se limita a proteger las expectativas legítimas. En concreto, expresó lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que, bajo el amparo del principio de confianza legítima, solo se protegen las expectativas de los contribuyentes fundada en los hechos concretos, objetivos e inequívocos que producen las autoridades estatales, de tal manera, que no se salvaguardan las simples especulaciones o interpretaciones subjetivas que pueda

derivar una persona de determinada disposición jurídica. En consecuencia, cuando con su actuación ha generado una expectativa legítima, el Estado no puede de manera súbita cambiar las reglas del juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que, por lo menos, otorgue el tiempo y los mecanismos que permitan al particular ajustarse a la nueva normatividad fiscal. Al respecto, en la sentencia C-083 de 2018, la Corte señaló que bajo el presupuesto de expectativas legítimas, se han salvaguardado constitucionalmente a los sujetos, aun cuando no son titulares de un derecho, pues no alcanzaron a consolidar ninguna prerrogativa de conformidad con la legislación anterior, era razonable considerar que, de no haberse presentado un cambio súbito en el ordenamiento jurídico, los mismos estaban próximos a cumplir con los presupuestos para gozar del beneficio legal y, por lo mismo, su situación merecía algún tipo de protección especial.

“64. Cabe resaltar que, el Legislador goza de un amplio margen de configuración no solo para derogar o modificar normas tributarias, sino también para definir las medidas que ayuden al contribuyente a que se adapte a la nueva situación. En ese sentido, la Corte ha manifestado que, por ejemplo, tales medidas de protección pueden consistir “(i) en que haya un período de transición o (ii) en que no se establezcan barreras o trabas para que los afectados ajusten su comportamiento a lo prescrito por la nueva norma. En algunas situaciones, la protección de la confianza legítima puede exigir que (iii) el beneficio tributario no sea derogado durante el lapso en que está corriendo el término para que los contribuyentes gocen de él (…)”50

1. En cuanto al tercero, la seguridad jurídica es un bien jurídico de relevancia constitucional que se cimienta en la certeza del derecho. En la Sentencia C-250 de 2012, la Corte determinó su alcance replicando la definición realizada en la Sentencia T-502 de 2002, en los siguientes términos:

“En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente

a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas.

(…)

“Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso”.51

1. En suma, para el caso sub lite, de los tres principios derivados del artículo 83 de la Constitución se puede colegir que el principio de la buena fe presupone el despliegue de una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse conforme a la normativa vigente; el principio de confianza legítima como límite del legislador implica que: (i) el Congreso de la República cuenta con un amplísimo margen de configuración y por lo tanto puede modificar o derogar las leyes; (ii) es plausible que durante el tránsito legislativo adopte un conjunto de medidas para facilitar el cambio normativo, sin que ello constituya un imperativo en todos los casos; (iii) en el evento de generarse cambios sustanciales en la normativa solo se protegen las expectativas legítimas fundadas en hechos concretos, objetivos e inequívocos, sin que las meras expectativas tengan algún tipo de salvaguarda. Por lo tanto, se requiere, como mínimo la existencia de una situación jurídica consolidada dada bajo el régimen anterior y su consecuente afectación por la ley posterior. Y, en cuanto a la seguridad jurídica, se espera que un caso concreto o una situación particular sea resuelta bajo los postulados ciertos del derecho que lo cobija.

1. La Constitución Política de 1991 en su artículo 48 estableció que la seguridad social podrá prestarse a través de entidades públicas o privadas, lo cual no obsta para que el Estado esté llamado a organizar, dirigir y reglamentar la forma en que se hará efectivo el servicio de salud en favor de los habitantes del territorio, con el propósito de cumplir los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La Ley 100 de 1993, por su parte, dio forma a estos postulados. Con ella se propició un sistema descentralizado en materia de salud, distinto al que imperó antes del periodo constituyente con el denominado Sistema Nacional de Salud, que se caracterizaba por ser predominantemente público.52

1. La Ley 100 de 1993, respetando y acatando los mandatos constitucionales, reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, estableciendo reglas de competencia en la provisión, por parte de entes privados, de dicho servicio.53 Con esto, se eliminó el monopolio del Estado en ese campo, bajo la idea de que la creación de un sistema competitivo redundaría en una mayor calidad. Así, al tiempo que se faculta al Estado para intervenir en la seguridad social en salud con el ánimo de que los objetivos del sistema se cumplan,54 se crean (i) las EPS como aseguradoras del servicio, a las cuales pueden afiliarse los ciudadanos en uso de su libertad de elección,55 y (ii) las IPS como prestadoras del mismo.56 Por su parte, en la Ley 100 de 1993, se designó al FOSYGA (hoy, ADRES) para la administración de los recursos del sistema en su conjunto.57

1. A su turno, la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes por medio de los cuales se prestaría el servicio de salud. Uno, el régimen contributivo, compuesto por todos aquellos afiliados al sistema que cuentan con ingresos para pagar las cotizaciones (porque son asalariados, independientes o pensionados)58 y, otro, el régimen subsidiado, dispuesto para aquellos ciudadanos que no tienen la capacidad de pagar las cotizaciones.59 La creación de ambos regímenes obedeció a la idea de buscar la universalidad del sistema de salud, de modo tal, que quien no pudiera sufragar el servicio no quedara desprovisto del mismo.

1. En el régimen contributivo, la cuantía de la cotización fue establecida, inicialmente, en un 12%, correspondiéndole al empleador el pago del 8% y al trabajador el 4%.60 La Ley 1122 de 2007, por su parte, aumentó el porcentaje a un 12.5% del ingreso base de cotización. Para los pensionados, sin embargo, el porcentaje se mantuvo en el 12%.61 Del monto total de la cotización, un 1.5% se destina a la ADRES, para la financiación del régimen subsidiado.62 Otro 1% se dirige a la financiación de "las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad".63 Y lo demás se destina para la prestación de los servicios en salud a través de la UPC.64

1. Lo que ingresa al sistema de salud por concepto de cotizaciones no puede entenderse, en modo alguno, como propiedad de las EPS.65 Estos son recursos administrados por la ADRES. Esta última entidad entrega lo recaudado a las EPS a través del formato denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC). La UPC, que se remite a cada EPS -sea del régimen contributivo o subsidiado-, está determinada por el número de afiliados que esta tenga.66 En concreto, la Ley 100 de 1993 establece que, por cada persona afiliada y beneficiaria en una EPS, el sistema de salud reconocerá un valor monetario. "Esta Unidad [UPC] se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería (…)".67

1. Ahora bien, es menester recordar que inicialmente la Ley 100 de 1993 previó un sistema de protección en salud, que estaba compuesto por un plan -el POS, hoy PBS-. Bajo este esquema, todos los servicios y tecnologías que se encontraban dentro del POS eran financiados con cargo a la UPC. A su turno, si un servicio o tecnología estaba excluido o no estaba incluido expresamente en el plan, simplemente no podía financiarse con la UPC y, en consecuencia, quien lo requería debía sufragarlo a través de sus propios medios.68

1. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional entendió que una cosa es la dispensación a los pacientes de servicios o tecnologías en salud, ajenos al PBS -en los escenarios antedichos- y, otra, son las reglas respecto de la financiación de los mismos. Así, desde la Sentencia SU-480 de 1997, la Corte Constitucional reconoció que, “En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un “seguro del co-contratante” contra déficits de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.”69 Esto porque las EPS solo están obligadas a suministrar los servicios contemplados en el plan, siendo esta una función específica y puntual que el Estado les delegó.

1. La Corte asumió, en esa providencia, que las EPS tienen derecho a que, si se ven obligadas a suministrar servicios adicionales a los pactados, por lo menos se mantenga “el equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera”.70 Para la Corte, este derecho de las EPS se garantizaba a través de la figura de los recobros, en su momento, ante el FOSYGA. En adelante, cuando los jueces constitucionales ordenaban, vía tutela, la entrega de un insumo no incluido en el PBS, facultaban a la EPS accionada para que iniciara las correspondientes acciones de recobro en su favor.71

1. Con todo, en la Sentencia T-760 de 2008, la Corte advirtió varios inconvenientes en el flujo de recursos entre las entidades prestadoras de salud y el Estado, a propósito de la figura de los recobros. Por esta razón, en la providencia indicada, se ordenó tomar medidas tendientes a la agilización del proceso,72 al tiempo que ordenó iniciar un plan de contingencia con el propósito de lograr el pago de las solicitudes de recobro que, para la fecha en que se emitió la sentencia, estaban represadas,73 todo con el fin de que los dineros que las EPS destinaron a la financiación de servicios y tecnologías no incluidos en el PBS, se reconocieran con

celeridad.74 En cumplimiento de estas órdenes, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5395 del 24 de diciembre de 2013 en la que se rediseñaba el sistema.75

1. Posteriormente, el anterior sistema fue reemplazado con el modelo de exclusiones expresas adoptado por el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, tal y como quedó plasmado en la Sentencia SU-508 de 2020 al señalarse que:

"138. El legislador abandonó el modelo de inclusiones expresas, inclusiones implícitas y exclusiones explícitas, y propuso un sistema de exclusiones explícitas, donde todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido. Ello puede verificarse en el curso del proceso legislativo del proyecto de la LeS. En la ponencia ante el Senado, se indicó que la filosofía de la ley consiste en que 'todos los bienes y servicios que en materia de salud requiera un individuo se encuentren cubiertos' a menos que se trate de aquellos que constituyen un límite al derecho fundamental a la salud, los cuales se encontrarán en una lista expresa de exclusiones. En sentido similar, la ponencia presentada y aprobada ante la Cámara de Representantes indicó que el derecho fundamental a la salud se garantiza por medio de un plan de salud implícito para todas las personas y, en caso de que los servicios y tecnologías en salud "no cumplan con los criterios científicos o de necesidad, serán explícitamente excluidos por la autoridad competente, previo un procedimiento técnico científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente".76

1. Ahora bien, a propósito del Plan Nacional de Desarrollo, es menester resaltar que la Corte, en la Sentencia C-063 de 2021, precisó que la fórmula del Estado Social de Derecho y su compromiso con la realización de los derechos fundamentales y la dignidad humana demandan del Estado un papel activo en la economía. Así, dentro del eje axial del sistema económico, se encuentra el modelo de economía social de mercado77 que reconoce un papel predominante a la autonomía de la voluntad privada en ejercicio de los derechos de contenido económico y social que ella garantiza y protege, al tiempo que le impone deberes al Estado para garantizar la efectividad de tales derechos; regular determinadas actividades

económicas; ejercer la inspección, vigilancia y control sobre algunas actividades económicas y respecto de los sujetos que se dedican a realizarlas; dirigir la economía y por mandato de la ley, intervenir en ella de forma que las diferentes expresiones de la actividad económica sirvan a la sociedad como vehículos de mejoramiento de las condiciones de vida e impulsores del desarrollo.

1. En todo caso, en la Sentencia mencionada, la Corte aclaró lo siguiente:

"163. La actuación del Estado en la economía corre por cuenta de distintas autoridades públicas y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. En particular, la Constitución Política prevé que el Congreso de la República, expida leyes que regulen determinadas actividades y servicios públicos (C.Pol., artículos 150-23 y 365); regule el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control previstas en la Constitución (Artículo 150-8); e imponga mandatos de dirección e intervención en la economía (Artículos 150-21 y 334), todo lo cual cumple conforme a las atribuciones que la Constitución le confiere o en ejercicio de la cláusula general de competencia y, en general, mediante el ejercicio de su libertad de configuración normativa en materia económica. Así mismo, la Constitución y la ley le exige a las autoridades que ejerzan funciones administrativas y judiciales respetar y garantizar la efectividad de los derechos en general y los de contenido económico en particular.

"164. La confección de planes y programas de desarrollo y la expedición de la Ley del Plan Nacional de Inversiones Públicas, permiten utilizar instrumentos de dirección de la economía (arts. 334, 339 y 341), que materializan el concepto de planificación como piedra angular de la función pública, así como la intervención (general o sectorial) de la economía, se ejerce, previa la expedición de leyes que contienen mandatos para tal efecto, por las autoridades correspondientes. Las facultades de regulación, reglamentación y decisión general, también pueden ser ejercidas por agencias estatales mediante el empleo de competencias normativas de naturaleza administrativa, con sujeción a las reglas que señala la ley, en tanto que las atribuciones de inspección, vigilancia y control de la actividad económica como de los

agentes económicos que se dedican a ellas, corresponde a autoridades que cumplen funciones de policía administrativa en los términos previstos en la ley.”78

1. Los problemas en el sistema de salud eran tan complejos, que la Corte no solo adoptó la Sentencia T-760 de 2008 en respuesta a la violación generalizada del derecho fundamental a la salud que tiene como principal causa las fallas de regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud sino que, además, en el 2009, creó una Sala Especial con la finalidad de supervisar el cumplimiento de dicho fallo estructural impulsando su implementación y con ese objetivo ha dictado diversos autos de seguimiento, en observancia de la obligación internacional contenida en el artículo 25.2 literal c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras. Bajo este contexto, se expidió la Ley 1751 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, en cuyo artículo 15 de la Ley 1751, se dispuso que el sistema de seguridad social garantizaría el derecho fundamental a la salud y que para eso reconocería servicios y tecnologías integralmente. Acto seguido, en el mismo artículo se señaló que los servicios y tecnologías que contaran con alguno de los criterios enlistados a continuación, no serían financiados con recursos públicos:

“a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

“b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

“c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;

“d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

“e) Que se encuentren en fase de experimentación;

“f) Que tengan que ser prestados en el exterior.”79

1. También en dicho artículo se lee que solo los servicios y tecnologías que cumplan los

requisitos que anteceden “serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente”.80 (Énfasis propio).

1. En la Sentencia C-313 de 2014, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de estos enunciados citados y, a su turno, recordó que los criterios abordados por la norma, para determinar en qué casos los servicios o tecnologías no debían ser sufragados con los recursos públicos de la salud, correspondían a los mismos que esta Corporación había decantado en años previos.81 También fundó su decisión en que la determinación que traía la Ley sobre las exclusiones devenía congruente con “un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción”. En tal sentido resaltó que los servicios y tecnologías no excluidos, expresa y taxativamente, del PBS, se entenderían como parte de éste. Con todo, finalizó explicando que las exclusiones podían ser objeto de excepciones. Especialmente, cuando se acrediten los supuestos ya citados en esta providencia.

a) Servicios y tecnologías del PBS

1. En armonía con lo antes expuesto, la Ley 100 de 1993 dispuso en un comienzo en cabeza de las EPS una función básica: la de “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”82 dicho plan en la actualidad responde al Plan de Beneficios en Salud (PBS) implementado por la Ley 1751 de 2015.83

1. Así, el Plan de Beneficios en Salud se encuentra garantizado a través de dos mecanismos de protección, el colectivo y el individual y cuentan con diferentes fuentes de financiación.

1. En relación con el mecanismo de protección colectiva, se tiene que está centrado en las

necesidades de la población en general, para determinarlas, hace un examen a priori de las mismas, teniendo en cuenta los datos epidemiológicos, la carga de la enfermedad y las características de la población,84 y comprende todos aquellos servicios y tecnologías PBS que se financian con cargo (i) a la UPC y (ii) al mecanismo presupuestos máximos.85

1. Sobre el primer grupo de servicios y tecnologías, es decir los que se financian con cargo a la UPC, se debe señalar que en el régimen contributivo, la UPC corre por cuenta, principalmente, de las cotizaciones obligatorias que realizan los afiliados. De otra parte, en el régimen subsidiado, la prestación de los mismos servicios cuenta con varias fuentes de financiación.86 Aquellas están descritas en el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, donde se establece que la UPC de ese régimen estará compuesta por (i) los recursos del Sistema General de Participaciones para salud; (ii) los recursos que se obtengan "como producto del monopolio de juegos de suerte y azar";87 (iii) al menos el 50% "del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital";88 (iv) los recursos provenientes de regalías; (v) el 1.5% del valor de la cotización que se efectúe en los regímenes especiales y de excepción; y, (vi) hasta el 1.5% de las cotizaciones realizadas en el régimen contributivo.89

1. Así las cosas, con el monto de la UPC que se trasladada a las EPS se financia una parte del Plan de Beneficios en Salud, conocido como PBS UPC,90 que es actualizada anualmente.

1. El segundo grupo de servicios y tecnologías PBS que hacen parte del mecanismo de protección colectiva, corresponde a aquellos que se financian con el mecanismo de techos y presupuestos máximos. Sobre estos se debe resaltar que hasta el momento de la implementación del mecanismo de techos o presupuestos máximos – de marzo de 2020- se financiaban con recursos de la ADRES por medio del mecanismo de recobros.

1. Sin embargo, ante la falta de claridad en lo que respecta a la fuente de financiación de esa

parte del PBS, los problemas derivados del mecanismo de recobros y en armonía con el límite impuesto en el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019, el legislador previó, en la norma acusada, que los servicios y tecnologías en salud que requieren los usuarios no financiados con UPC tuvieran una fuente de financiación distinta, esto es, los presupuestos máximos, al disponer que,

"Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)".91

1. En relación con estas dos fuentes de financiación -UPC y techos-, mediante Auto 109 de 2021, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 señaló que "el MSPS deberá garantizar a través de la regulación que sea expedida para el efecto y de la implementación de la política pública pertinente, que la definición de la UPC para ambos regímenes alcance el nivel de suficiencia necesario para financiar el PBS UPC y que el valor de los techos también sea suficiente para cubrir la prestación de los servicios y tecnologías en salud PBS no UPC, de forma que cubra todos los tratamientos y tecnologías en salud que no estén expresamente exceptuados del plan de beneficios, y que permita garantizar el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible. Lo anterior, sin olvidar que no puede sacrificar la prestación y la efectividad del derecho a la salud, so pretexto de la sostenibilidad financiera" (énfasis propio).

1. Por su parte, en el mecanismo de protección individual, fueron incluidos aquellos medicamentos y procedimientos de carácter excepcional, algunos servicios sociales complementarios y tecnologías de alto costo que se utilizan para enfermedades no comunes92 y corresponde a todas aquellas tecnologías que, no están expresamente excluidas de financiación con recursos públicos de la salud y en consecuencia hacen parte del PBS, pero tampoco hacen parte del mecanismo de protección colectiva, puesto que se financian con los recursos de la ADRES.93

b) Servicios y tecnologías excluidas de financiación con recursos públicos de la salud

1. En lo que se refiere a las exclusiones, es preciso advertir que las EPS no están obligadas a la financiación de los servicios que quepan en esta categoría (ni a través de la UPC, ni haciendo uso de sus recursos propios). Hasta la fecha si estas entidades se ven obligadas a la entrega o prestación de este tipo de servicios (v. gr. vía tutela), se reconoce en su favor la posibilidad de presentar el respectivo recobro ante el Estado, es decir, se financia con los recursos de la ADRES. Con esta fórmula, se otorga una protección debida al derecho a la salud de los afiliados, y, al mismo tiempo, se garantizaba la sostenibilidad financiera del sistema.

1. Con lo anterior queda claro que la financiación de los servicios y tecnologías en salud que han sido expresamente excluidos de aquel siempre ha estado en cabeza del Estado; asimismo, que todo lo incluido en el PBS es financiado con cargo a la UPC, a los techos o presupuestos máximos y en menor medida a los recursos de la ADRES. Dicho esto, corresponde identificar, en el caso concreto, si la metodología dispuesta en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 -demandado-, en armonía con lo señalado por el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 -integrado- defraudó la buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica de las EPS quienes estaban acostumbrados al mecanismo de recobros.

A. Análisis del cargo

1. Como se advirtió en la Sentencia C-126 de 2020, el artículo 240 demandado está ubicado en la subsección 4 de la Ley 1955 de 2019, denominada “equidad en la salud”. El artículo nació con el propósito de brindar orden a las finanzas del Estado en materia de salud, pues el sistema de recobros que venía operando hasta ese momento resultaba ineficiente. En las

bases del plan, se aborda el crecimiento inusitado de los recobros y la dificultad para controlarlos, lo que comprometía los principios de oportunidad y calidad en la prestación del servicio. En las bases del plan se justificó la necesidad de la nueva medida advirtiendo que:

"(…) mitigar el crecimiento del gasto en los servicios y tecnologías no financiados por la UPC fruto de la innovación tecnológica y la garantía del derecho a la salud, es otro de los retos del sector. En 2015, el monto de recobros por tecnologías no financiados con la Unidad de Pago por Capitación (UPC), presentados por las EPS ante el FOSYGA, fue de $3,27 billones; mientras que para 2017, el monto presentado ante el FOSYGA (hoy Administradora de Recursos del SGSSS-ADRES), fue de $4,03 billones (ADRES, 2018)"95

1. Ahora bien, la mitigación de ese riesgo se buscó por medio de la entrega a las EPS de un presupuesto determinado, que sería calculado por el Ministerio de Salud y Protección Social y transferido por la ADRES, antes de que aquellas prestaran los servicios de salud no excluidos de financiación con recursos públicos de la salud. De hecho, a raíz de la norma integrada se puede observar que esta teleología se complementa con el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 señala que "En ningún caso la administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, salvo los recursos destinados al saneamiento de pasivos estipulado en la presente ley, cuando estos sean superiores a los valores y techos máximos".

1. En hilo con lo anterior, con el mecanismo de presupuestos máximos se pretendía que las EPS gestionaran y administraran dichos recursos, sin que pudieran invocar el cumplimiento del techo presupuestal para desconocer el derecho a la salud. Con ello se pensó que, de una parte, el derecho a la salud se reconocería eficientemente, y de otra, las EPS tendrían motivos para procurar la racionalización del gasto en ese proceso. El mismo artículo facultó al Ministerio de Salud y Protección Social para que estableciera un sistema de incentivos en favor de las EPS que gestionen correctamente los recursos. Igualmente, la norma dispuso que las EPS "considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por

tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera”.96

1. Así las cosas, la demandante argumentó que la disposición censurada implicaba un desconocimiento de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Lo cual explicó porque, al pasar de un sistema de recobros a un sistema en el que las EPS deben gestionar el dinero entregado por la ADRES, antes del reconocimiento de los servicios y tecnologías no sufragados con cargo a la UPC, hace que las EPS deban responder económicamente por dichos servicios. Contrariando así la regla vigente hasta la adopción de la norma demandada, según la cual, siempre que las EPS deban garantizar un servicio o tecnología no financiado con la UPC, pueden recobrar los valores invertidos ante el Estado. En ese orden, es claro que la demandante no ataca exclusivamente el cambio del mecanismo (el paso de los recobros a los presupuestos máximos), sino el hecho de que dicho cambio implique, una presunta modificación en las cargas respecto de la financiación de los servicios y tecnologías no sufragados con la UPC.

1. En consecuencia, para la actora lo que defraudaría la buena fe, la confianza y la seguridad jurídica de las EPS sería el hecho de que, con la modificación introducida por la norma demandada, deban ser dichas entidades (y no el Estado) quienes sufraguen los gastos generados por la prestación de servicios no financiados con la UPC. Sobre el particular, téngase en cuenta que: el principio de la buena fe presupone el despliegue de una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse conforme a la normativa vigente; el principio de confianza legítima como límite del legislador implica que: (i) el Congreso de la República cuenta con un amplísimo margen de configuración y por lo tanto puede modificar o derogar las leyes; (ii) es plausible que durante el tránsito legislativo adopte un conjunto de medidas para facilitar el cambio normativo, sin que ello constituya un imperativo en todos los casos; (iii) en el evento de generarse cambios sustanciales en la normativa solo se protegen las expectativas legítimas fundadas en hechos concretos, objetivos e inequívocos, sin que las meras expectativas tengan algún tipo de salvaguarda. Por lo tanto, se requiere, como mínimo la existencia de una situación jurídica consolidada

dada bajo el régimen anterior y su consecuente afectación por la ley posterior. Y, en cuanto a la seguridad jurídica se espera que un caso concreto o una situación particular sea resuelta bajo los postulados ciertos del derecho que lo cobija.97

1. Dicho esto, la Sala Plena advierte que de la norma acusada y la integrada no son inconstitucionales. Esto, particularmente, por tres razones, a saber.

(i) El mecanismo de presupuesto máximo y su límite de pago impuesto a la ADRES no defrauda el principio de buena fe de las EPS

1. En efecto, por medio del mecanismo de recobros, el Estado reconocía a las EPS, luego de prestados los servicios o dispensadas las tecnologías no financiadas con cargo a la UPC, el valor de lo que hubieren invertido en dicho propósito. Según el Ministerio de Salud y Protección Social, de 2003 a 2007, los recobros crecieron más de nueve veces.98 Ese crecimiento inusitado y desbordado impedía a las autoridades del Estado tener control sobre los recursos invertidos en servicios y tecnologías no sufragados con la UPC.

1. En parte y en respuesta a la anterior problemática, se expidió la Ley 1751 de 2015, en cuyo artículo 15 se adoptó el modelo de exclusiones con el cual se introdujo el concepto del no pago de lo expresamente excluido. Así:

“En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

“a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

“b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

“c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;

“d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

“e) Que se encuentren en fase de experimentación;

“f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

¡Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria (…)”99 (énfasis fuera del texto).

1. Por lo anterior, y porque también era necesario disponer de un nuevo instrumento que garantizara un adecuado flujo de recursos entre el Estado y las EPS, se ideó el sistema de presupuestos máximos, según el cual, como ya se dijo, los recursos que servirán para costear los servicios y tecnologías cubiertos por el PBS pero que no se financian con cargo a la UPC, los cuales, serán girados por el Estado a las EPS antes y no después de que aquellos se presten. Esto supone, ciertamente, un cambio en el instrumento de comunicación entre la ADRES y las EPS, pero en modo alguno implica que estas últimas deban financiar con su patrimonio o con la UPC los servicios a que se ha hecho referencia.

1. La norma demandada crea este nuevo mecanismo, y dispone que será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social elaborar la metodología a través del cual se fijará el techo presupuestal que se asignará a las EPS para cumplir con estos fines. Pero en este punto surge una importante cuestión, sobre la cual ahondó el apoderado de la EPS SURA: ¿qué pasa si los recursos otorgados por la ADRES a las EPS son insuficientes para sufragar los gastos en que incurren estas al prestar servicios no financiados con la UPC?

1. Esta es una pregunta importante porque, prima facie, podría pensarse que, si el Estado no se responsabiliza por los gastos que excedan los presupuestos máximos, entonces a las EPS les correspondería reconocerlos con su propio peculio, en tanto el mismo artículo 240 demandado sostiene que “[e]n ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS

deberá afectar la prestación del servicio”.100 Con todo, esta es una interpretación que se opone a la teleología de la Ley 1751 de 2015. En efecto, el artículo demandado no establece, ni siquiera implícitamente, que las EPS deban ser las responsables por la financiación de los servicios y tecnologías no cubiertos UPC cuando su prestación supere los techos presupuestales aludidos.

1. Lo anterior es así, por una parte, porque como se ha explicado, lo expresamente excluido no se financia con recursos del sistema. Esto, sin que ello implique que, en eventos especialísimos y excepcionalísimos, por tratarse de servicios y tecnologías no cubiertos con la UPC ni con el presupuesto máximo asignado a la EPS sean ordenados por una autoridad judicial, en cuyo caso, el título de gasto estará respaldado por una sentencia. Por ejemplo, si son ordenados vía tutela dichos valores serán sufragados directamente por la ADRES. Y por otra, porque la norma dispone que corresponderá al Ministerio de Salud y Protección Social definir la metodología que se seguirá para el cálculo del presupuesto máximo que, a la postre, será dirigido a cada EPS con el objeto de sufragar este tipo de servicios o tecnologías en salud.101

1. Ahora bien, con el fin de ilustrar el anterior punto y con el único propósito de caracterizar el funcionamiento del mecanismo, la Sala se referirá a algunas resoluciones sin que ello comporte un cambio en el parámetro de control o un pronunciamiento sobre la legalidad de las mismas. Así, en cuanto a la metodología prevista para el cálculo de los presupuestos máximos, v.gr. el correspondiente a la vigencia 2020, puede resumirse en cuatro pasos: (i) recolectar la información, aportada por la ADRES (en el régimen contributivo) y por las entidades territoriales y las EPS (en el régimen subsidiado), respecto de todos aquellos recobros que se presentaron por el suministro de medicamentos, alimentos para propósito médico especial, procedimientos y servicios excluidos de financiación con recursos públicos de la salud, en las vigencias comprendidas entre 2015 y 2019. Promediar la información obtenida; (ii) hacer dos ajustes a las cantidades iniciales reportadas y promediadas: uno a través del método chain-ladder102 y otro a través del uso de un factor delta103 de crecimiento; (iii) revisar los valores de referencia (precios) de los servicios y tecnologías no

cubiertos por la UPC, que son aquellos regulados por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos. Revisar también los precios que se reconocieron en los años indicados por concepto de recobros. Para hacer el cálculo del presupuesto máximo, se toma el menor valor reportado entre los dos anteriores. Finalmente, (iv) se multiplican los precios de referencia obtenidos en el procedimiento (iii), por las cantidades de servicios y tecnologías que, según la proyección obtenida en (i) y (ii) se prestarán en 2020.

1. En el marco de lo anterior, la antedicha proyección es la que debió hacer el Ministerio de Salud y Protección Social a efectos de calcular los presupuestos máximos del año 2020. El presupuesto máximo se fija por año, pero se gira a cada EPS mensualmente.104 Por supuesto, cada EPS puede contar con un mayor o menor presupuesto, y ello dependerá de factores como la cantidad de afiliados que tiene. Con todo, en tanto es una proyección, no puede esperarse certeza en el procedimiento. Puede que el presupuesto máximo calculado por cada EPS sea inferior a lo que estas reconocen por concepto de servicios y tecnologías no cubiertos por la UPC. Sin embargo, la propia normatividad del Ministerio de Salud y Protección Social contempló algunas soluciones para responder a esta situación cuando se presente. 105

1. Adicionalmente, en la misma Resolución 205 del 17 de febrero de 2020, se estableció, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, que en algunos eventos muy específicos sería posible realizar ajustes sobre el cálculo de los presupuestos máximos. Estos eventos aparecen descritos en el artículo 15 de la resolución en cita, donde se lee, especialmente, que el ajuste puede tener lugar:

“15.3. Por solicitud de revisión o ajuste de la EPS o EOC cuando, del monitoreo realizado por la ADRES [el descrito en el fundamento jurídico anterior], se determine que el presupuesto máximo se superará.

“Parágrafo 1. Este Ministerio ajustará el presupuesto máximo de una vigencia con base en los traslados realizados y no tenidos en cuenta en el cálculo del presupuesto máximo del último mes de la vigencia inmediatamente anterior.

“Parágrafo 2. Los ajustes al presupuesto máximo tendrán como base la información contenida en los módulos de suministros y de facturación de la herramienta MIPRES, la gestión de la EPS o EOC y la justificación de las formas de contratación de forma integral con la UPC, con sus respectivas notas técnicas.” (subrayado fuera del texto).

1. Mediante la Resolución 206 del 17 de febrero de 2020, usando la metodología descrita en la Resolución 205 de la misma fecha, el Ministerio determinó el presupuesto máximo a entregar, para la vigencia 2020, a cada una de las EPS. Con todo, la ADRES, luego del seguimiento que debía realizar a los presupuestos máximos, presentó, el 4 de noviembre de 2020, a la Comisión asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud, un informe en el que exponía el riesgo de superación del techo presupuestal entregado a determinadas EPS.106 Con base en dicho informe, se adoptó, primero, la Resolución 2454 del 21 de diciembre de 2020, a través de la cual se fijó la metodología para hacer el ajuste al presupuesto máximo de estas EPS (en lo que tenía que ver, exclusivamente, con la vigencia 2020) y, segundo, la Resolución 2459 del 22 de diciembre de 2020, por medio de la cual se giró, solo en favor de algunas EPS, un valor adicional al ya reconocido en la Resolución 206 del 17 de febrero de 2020.

1. Pero eso no es todo. En la Resolución 586 del 7 de mayo de 2021 se adoptaron algunos cambios al proceso. Uno de esos cambios, consistió en que el seguimiento y monitoreo de los presupuestos máximos, que se realizaría cada 4 meses -no cada 3, como había sido propuesto inicialmente-, recaería no en la ADRES, sino en el Ministerio de Salud y Protección Social.107 Con base en este último cambio, y luego de advertir que en algunas EPS los presupuestos máximos se superaron durante el año 2020, el Ministerio recomendó ante la Comisión asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud, en agosto de 2021, realizar un nuevo ajuste definitivo al techo presupuestal para esa vigencia.108

1. Continuando con la ilustración del mecanismo, en lo que tiene que ver con el cálculo de los

presupuestos máximos correspondientes a la vigencia 2021, se tiene lo siguiente: (i) a través de la Resolución 43 del 21 de enero de 2021, se calculó un valor provisional, para los 4 primeros meses del año, porque aún no se contaba con la información necesaria para realizar una proyección más completa; (ii) con la Resolución 593 del 11 de mayo de 2021, se definió la metodología para calcular el presupuesto máximo de esa vigencia, en tanto la Resolución 586 de 2021 dispuso, en su artículo 11, que la metodología para este tipo de cálculos no sería una sola, sino que debería establecerse anualmente en función de las nuevas variables que debieran ser consideradas; (iii) con la Resolución 594 del 11 de mayo de 2021, y siguiendo lo dispuesto en la Resolución 593 de la misma fecha, se determinó, por cada EPS, el presupuesto máximo correspondiente a la vigencia 2021. Ahora, tal y como ocurrió en la vigencia 2020, el Ministerio recomendó, el 13 de diciembre de 2021, "realizar el ajuste del presupuesto máximo de la vigencia 2021 a las entidades promotoras de salud de ambos regímenes a las cuales se les determinó la superación del mismo".109 La metodología para calcular dicho reajuste está contenida en la Resolución 2260 del 22 de diciembre de 2021, pero aquel no se ha realizado a la fecha.

1. Con lo dicho queda claro, entonces, que la buena fe de las EPS no fue defraudada con un cambio intempestivo en cuanto al modelo de recobro por cuanto: (i) desde la adopción del modelo de exclusión introducida con la Ley 1751 de 2015 lo expresamente excluido no se financia con recursos destinados a la seguridad social en salud; (ii) se amplió la cobertura de los servicios y tecnologías con financiación UPC; (iii) el mecanismo de presupuestos máximos opera como una financiación adicional que persigue que el Estado siga sufragando los servicios y tecnologías no cubiertos con la UPC por medio de un pago anticipado y, (iv) en casos excepcionales subsiste el cobro a la ADRES. A su turno, también es claro que, si los presupuestos máximos son superados, existen herramientas para reajustar el valor de aquellos y así proteger el equilibrio financiero de las EPS. Así, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye (i) que la modificación comprendida en la norma demandada es simplemente instrumental, (ii) que con ella se busca una mejoría en la administración de los recursos públicos en salud, y un mejor flujo de aquellos entre las EPS y el Estado, y (iii) que, por tanto, no se modifican sustancialmente las reglas relativas a la financiación de los servicios y tecnologías no excluidos de financiación con recursos públicos de la salud.

(ii) El mecanismo de presupuesto máximo y su límite de pago impuesto a la ADRES no desconoce el principio de confianza legítima

1. En relación con el principio de confianza legítima presuntamente desconocido por el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2016, con la modificación del modelo de recobros por el mecanismo de presupuestos máximos -por parte de la primera-, y la prohibición a la ADRES de pagar más allá de lo adeudado por concepto de saneamiento del pasivo -por parte de la segunda-, la Corte reitera que el legislador goza de un amplio margen de configuración para modificar las leyes. Así, de cara a este principio no podría considerarse una especie de petrificación de la normativa por cuanto es de la esencia de la rama legislativa, precisamente "interpretar, reformar y derogar las leyes"110

1. Empero, en algunas circunstancias, en especial cuando se trata de expectativas legítimas fundadas en hechos concretos, objetivos e inequívocos, podría ser viable verificar si vulnera el principio de confianza legítima como límite del legislador. Para ello, resulta imperioso identificar la existencia de una situación jurídica consolidada bajo el régimen anterior y su consecuente afectación por parte de la ley posterior.

1. En orden de lo anterior, la Corte constata que el caso planteado no existe una situación jurídica consolidada a considerar. Esto, por cuanto, no se trata de un cambio en la financiación de los servicios y tecnologías sino en la forma como opera la transferencia de los recursos. Ya que como se vio en acápites anteriores el mecanismo de presupuestos máximos rige ex ante por medio de la entrega anticipada a las EPS de un presupuesto determinado y, con este, se sustituyó el sistema de recobros ex post en el que sin ningún control en el precio de medicamentos o servicios se repetía a la ADRES. Y en todo caso, el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 garantiza el "saneamiento de pasivos estipulado en la presente ley, cuando estos sean superiores a los valores y techos máximos que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social".

1. Aunado a lo anterior, la Sala comparte el criterio desarrollado por los intervinientes que solicitaron la exequibilidad de la norma, en cuanto a que el cambio en el sistema de transferencias se fundó en motivos de interés general y corresponden con el objetivo de: (i) fortalecer y asegurar la sostenibilidad y calidad del sistema de salud; (ii) garantizar la eficiencia y racionalidad del gasto destinado a salud; (iii) mejorar el flujo de recursos entre el Estado, los aseguradores y los prestadores del servicio; (iv) superar la alta litigiosidad en los recobros; (v) incentivar a las EPS para gestionar la administración del riesgo en salud y, por último, (vi) predecir el gasto en dichos servicios.

1. Conforme a lo anterior, ante la inexistencia de una expectativa legítima fundada en hechos concretos, objetivos e inequívocos no es plausible considerar que la sustitución del sistema de recobros por el mecanismo de presupuesto máximos viole el principio de confianza legítima.

(iii) El mecanismo de presupuesto máximo y su límite de pago impuesto a la ADRES no desconoce el principio de seguridad jurídica

1. En cuanto al posible desconocimiento del principio de seguridad jurídica conforme al cual se espera que un caso concreto o una situación particular sea resuelto bajo los postulados ciertos del derecho que lo cobija, la Corte constata que tampoco se desconoce en el caso bajo estudio. Ello, debido a que en abstracto no se avizora una inaplicación de la ley que debe cobijar a cada situación, puesto que los gastos facturados en vigencia del sistema de recobro se tramitaron bajo dicho instrumento. Aquellos pendientes de pago se garantizan por medio de la norma integrada al disponer que la ADRES podrá girar aquellos recursos que correspondan al saneamiento de pasivos, y claramente, a partir del 1° de marzo de 2020 entró en funcionamiento el mecanismo de presupuestos máximos.

1. De cara a lo anterior, la medida implementada tanto en la norma acusada como en la

integrada se ajusta a las competencias del Estado para corregir las fallas en la prestación del servicio público de salud. Máxime, si los problemas financieros y de eficiencia del gasto ampliamente señalados por esta Corte, por la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y por los intervinientes del presente proceso, y el innegable detrimento que generó el antiguo sistema de cobro-recobro era necesaria una modificación en cuanto al sistema pagos. Así, y de cara a lo expuesto en esta providencia, en el marco de un modelo de economía social de mercado, no solo es una competencia del Estado, por conducto de la Rama Legislativa corregir las fallas de un mercado, sino que, en este caso, al tratarse del subsistema de salud, es un deber modificar las normas que redunden en problemas de eficiencia de los recursos financieros destinados a la salud.

1. Con fundamento en todo lo expuesto, la Corte concluye que, además de que la fijación del mecanismo denominado “presupuestos máximos” no implica que las EPS deban sufragar, con cargo a sus recursos propios, la prestación de servicios no cubiertos con la UPC, sino que ello comporta el pago anticipado de los mismos con miras a buscar el manejo eficiente de los recursos, incluso mediante el uso de incentivos para aquellas EPS que mejor administren el presupuesto dado. Dicho cambio en la normativa, tanto en el artículo 240 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 como en el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 no involucra un desconocimiento de la buena fe, ni una expectativa legítima a considerar en cuanto al principio de confianza legítima, ni menos la violación del principio de seguridad jurídica, todos derivados del artículo 83 de la Constitución. Por cuanto, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración y, en especial, cuando en el ejercicio de sus competencias busca corregir las imperfecciones en el mercado en favor del servicio público de salud.

1. Por las anteriores razones, el cargo no prospera y se declarará la exequibilidad de las normas revisadas.

E. Síntesis de la decisión

1. La Corte Constitucional conoció de una demanda instaurada contra el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. En interpretación de la actora, el enunciado atacado desconocía la buena fe, la confianza legítima y seguridad jurídica de las EPS porque, a través de los presupuestos máximos, radicaba en aquellas la responsabilidad de financiar los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por la UPC.

1. Antes de entrar en materia y resolver de fondo el asunto, la Sala resaltó dos asuntos preliminares: (i) no se configuraba la cosa juzgada absoluta. Ello, por cuanto, el cargo de unidad de materia analizado en la Sentencia C-126 de 2020, aunque recaía sobre el mismo artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, era sustancialmente distinto al formulado en esta oportunidad. Y, (ii) que resultaba necesario la integración de la unidad normativa con el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 dada su estrecha relación con la norma acusada.

1. En lo que respecta al análisis del problema jurídico, y luego de (i) reiterar la naturaleza del principio relativo a la libertad de configuración legislativa en materia de salud, (ii) establecer los alcances de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, y (iii) recabar en la financiación de los servicios y tecnologías cubiertos por el PBS, la Sala concluyó que ni el mecanismo de presupuesto máximo o el límite de pago impuesto a la ADRES implicaban una afectación del artículo 83 de la Constitución en lo que tiene que ver con los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica de las EPS.

1. Para ello recordó, que el principio de la buena fe presupone el despliegue de una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse conforme a la normativa vigente; el principio de confianza legítima como límite del legislador implica que: (i) el Congreso de la República cuenta con un amplísimo margen de configuración y por lo tanto puede modificar o derogar las leyes; (ii) es plausible que durante el tránsito legislativo adopte un conjunto de medidas para facilitar el cambio normativo, sin que ello constituya un imperativo en todos los casos; (iii) en el evento de generarse cambios sustanciales en la

normativa solo se protegen las expectativas legítimas fundadas en hechos concretos, objetivos e inequívocos, sin que las meras expectativas tengan algún tipo de salvaguarda. Por lo tanto, se requiere, como mínimo la existencia de una situación jurídica consolidada dada bajo el régimen anterior y su consecuente afectación por la ley posterior. Y, en cuanto a la seguridad jurídica se espera que un caso concreto o una situación particular sea resuelta bajo los postulados ciertos del derecho que lo cobija.

1. En respuesta al problema jurídico planteado, la Corte constató que en la actualidad:

Primero, se reconocen tres formas de financiación distintas: UPC, presupuestos máximos y recursos de la ADRES. Ello, según se trate de (i) servicios y tecnologías PBS, garantizados a través de los mecanismos de protección con que cuenta el sistema de salud -de protección colectiva o de protección individual- o (ii) servicios y tecnologías excluidos de financiación con recursos públicos de la salud.

Segundo, en el marco del mecanismo de presupuestos máximos, corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social calcular los techos presupuestales y reajustar su valor si son superados.

Tercero, que el legislador previó, en el marco de su amplio margen de configuración legislativa, un cambio en el mecanismo de transferencia de estos recursos. Este cambio se fundó en motivos de interés general, que, como lo resaltaron los intervinientes que solicitaron la exequibilidad de la norma, corresponden con el objetivo de: (i) fortalecer y asegurar la sostenibilidad y calidad del sistema de salud; (ii) garantizar la eficiencia y racionalidad del gasto destinado a salud; (iii) mejorar el flujo de recursos entre el Estado, los aseguradores y los prestadores del servicio; (iv) superar la alta litigiosidad en los recobros; (v) incentivar a las EPS para gestionar la administración del riesgo en salud y, por último, (vi) predecir el gasto en dichos servicios. Esta situación no es sorpresiva para las EPS, ya que los problemas de financiación del sistema de seguridad social en salud han afectado de forma importante a todos los actores del sistema. Y finalmente, en cuanto a la seguridad jurídica como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, de la necesidad de cambios en el sistema de transferencia de recursos del Estado a las EPS no podía haberse generado entre los particulares una idea de certeza respecto de la vocación de permanencia de la misma.

1. Por lo expuesto, la Corte concluyó que la buena fe de las EPS no fue defraudada con un cambio intempestivo en cuanto al modelo de recobro por cuanto: (i) desde la adopción del modelo de exclusión introducida con la Ley 1751 de 2015 lo expresamente excluido no se financia con recursos destinados a la seguridad social en salud; (ii) se amplió la cobertura de los servicios y tecnologías con financiación UPC; (iii) el mecanismo de presupuestos máximos opera como una financiación adicional que persigue que el Estado siga sufragando los servicios y tecnologías no cubiertos con la UPC por medio de un pago anticipado y, (iv) en casos excepcionales subsiste el recobro a la ADRES. En cuanto a la presunta violación del principio de confianza legítima por cuenta de la sustitución del sistema de recobros por el mecanismo de presupuesto máximos ni siquiera fue posible su valoración por cuanto no existe una expectativa legítima fundada en hechos concretos, objetivos e inequívocos que permita analizar la afectación de este principio constitucional. Y, en cuanto a la seguridad jurídica, tampoco se desconoce en el caso bajo estudio. Ello, debido a que en abstracto no se avizora una inaplicación de la ley que debe cobijar a cada situación, puesto que los gastos facturados en vigencia del sistema de recobro se tramitaron bajo dicho instrumento. Aquellos pendientes de pago se garantizan por medio de la norma integrada al disponer que la ADRES podrá girar aquellos recursos que correspondan al saneamiento de pasivos, y claramente, a partir del 1° de marzo de 2020 entró en funcionamiento el mecanismo de presupuestos máximos.

1. Constatado lo anterior, la Corte declaró ajustado a la Constitución Política, por el cargo analizado, el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2016.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

ÚNICO. DECLARAR la EXEQUIBILIDAD, de los artículos 240 de la Ley 1955 de 2019 “Por la

cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” y 5 de la Ley 1966 de 2019 “Por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por el cargo relativo al presunto desconocimiento de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-162/22

Referencia: Expediente D-14.375

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 "[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'" y el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 "[p]or medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

Acompaño la decisión adoptada en la Sentencia C-162 de 2022, en la que la Sala Plena decidió declarar la exequibilidad de las normas acusadas por el cargo por presunto desconocimiento de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

Sin embargo, me permito aclarar el voto en el sentido de precisar que, en mi opinión, para llegar a las conclusiones señaladas frente a la supuesta vulneración de la confianza legítima, la corporación debió efectuar un estudio particular que tuviera en cuenta los elementos característicos del tema estudiado y no acudir, por analogía, a los criterios que, en su jurisprudencia, la Corte ha desarrollado en relación con la confianza legítima en materia tributaria.

Las normas acusadas trataban temas de seguridad social y salud, los cuales tienen unas características propias que imponían un estudio diferenciado al de los tributos, pues, entre otras cosas, son servicios públicos esenciales que gozan de una amplia libertad de configuración legislativa para determinar su prestación; además, se relacionan con el manejo de recursos parafiscales. Estos elementos, por sí solos, hacían necesario que la corporación realizara un análisis particularizado, aunque no existiera una línea jurisprudencial que lo decantara.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”.

2 Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

3 Diario Oficial No. 51.011 de 11 de julio 2019.

4 La demanda se inadmitió en Auto del 18 de agosto de 2021.

5 Por medio de auto del 9 de septiembre de 2021, la demanda se admitió parcialmente, únicamente por el primer cargo.

6 El resumen de la intervención, y de otras, hará parte del siguiente acápite.

7 Alimentos con Propósitos Médicos Especiales.

8 Las entidades invitadas a rendir su concepto técnico fueron: la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – ACEMI, el Observatorio de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia, el Centro de Estudios del Desarrollo de la Universidad de los ANDES – CEDE, el Centro de Investigaciones para el Desarrollo CID de la Universidad Nacional de Colombia, la Asociación de Usuarios de la Liga Colombiana contra el Cáncer, la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo – Fedesarrollo, el Centro de Estudios

Económicos ANIF, y el Banco Interamericano de Desarrollo. Los expertos invitados a presentar su concepto técnico fueron: Ramiro Guerrero, Mauricio Santamaría Salamanca, Andrés Escobar Arango, Gustavo Morales Cobo y Germán Ponce Bravo.

9 Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, p. 6.

10 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”

11 Intervención Ministerio de Salud y Protección Social, p. 4.

12 Ibidem.

13 https://www.minsalud.gov.co/Paginas/-Unidad-de-Pago-por-Capitacion-aumenta.aspx

14 https://www.minsalud.gov.co/salud/POS/Paginas/plan-obligatorio-de-salud-pos.aspx

15 Intervención de la Universidad de Cartagena, p. 10.

16 Intervención de la EPS SURA, p. 11.

17 Ibidem. Página 16.

18 Ibidem. Página 14.

19 Ley 1966 de 2019, artículo 5. “VALORES MÁXIMOS DE RECOBROS. En ningún caso la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, salvo los recursos destinados al saneamiento de pasivos estipulado en la presente ley, cuando estos sean superiores a los valores y techos máximos que para el efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social, a partir de una metodología que tenga en cuenta los valores recobrados o cobrados, y considerando incentivos por el uso eficiente de los recursos.”

20 Intervención de la EPS SURA, p. 8.

21 Intervención del ciudadano José Francisco Mafla, p. 5.

22 Ibidem, p. 11.

23 Ibidem, p. 15.

24 Intervención de ACEMI, p. 7.

25 Ibidem, p. 8.

26 Ibidem, p. 20.

27 Intervención de la EPS SANITAS, p. 1.

28 Intervención de la EPS SURA, pp. 19 y 20.

29 “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (…) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 2020. Fundamento jurídico 3.2.

31 Valga recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la figura de la cosa juzgada relativa opera, especialmente, cuando “el juez constitucional [al evaluar el contenido de una demanda de inconstitucionalidad] limita los efectos de la decisión dejando abierta la posibilidad de formular un cargo distinto al examinado en decisión anterior”. Cfr. Sentencia C-039 de 2021. Citando la Sentencia C-334 de 2017.

32 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016.

33 Decreto 2067 de 1991, artículo 22. “La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21. // La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera <sic> norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso.”

34 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-595 de 2010, C-814 de 2014, C-410 de 2015, C-182 de 2016 y C-495 de 2019, entre otras.

35 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-409 de 2009, C-055 de 2010, C-410 de 2015 y C-495 de 2019, entre otras.

36 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1017 de 2012.

37 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2010. “Sin embargo, para que la Corte Constitucional pueda hacer uso de dicha facultad es forzoso que el actor haya efectuado un cargo de inconstitucionalidad verificable respecto de los contenidos que conformarían la proposición jurídica completa.”

38 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-409 de 1994, C-320 de 1997, C-930 de 2009, C-870 de 2010, C-816 de 2011 y C-966 de 2012.

39 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016.

40 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-539 de 1999, C-538 de 2005, C-925 de 2005, C-055 de 2010, C-553 de 2010, C-816 de 2011, C-879 de 2011, C-889 de 2012, y C-1017 de 2012, entre otras.

42 Resolución 205 de 2020. “Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación -UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS, y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo. EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (E) En ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, en especial, las conferidas por el numeral 3 del artículo 173 de la Ley 100 de 1993; el literal i) del artículo 5 de la Ley 1751 de 2015, el artículo 240 de la Ley 1955 del 2019, el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 y los articulas 2 y 20 del Decreto -Ley 41 07 de 2011”. (Énfasis propio).

43 Resolución 586 de 2021. “Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación -UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS. EL

MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, en especial, las conferidas por el numeral 3 del artículo 173 de la Ley 100 de 1993; el literal i) del artículo 5 de la Ley 1751 de 2015, el artículo 240 de la Ley 1955 del 2019, el artículo 5 de la Ley 1966 de 2019 y los articulas 2 y 20 del Decreto -Ley 41 07 de 2011". (Énfasis propio).

44 Constitución Política, artículo 48, inciso primero.

45 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-1489 de 2000, C-671 de 2002, C-1027 de 2002 y C-516 de 2004.

46 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1065 de 2008.

47 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008.

48 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2016. Allí se determinó que el artículo 72 -inciso 4- de la Ley 1753 de 2015 no desconocía el principio de confianza legítima. Sin embargo, esta providencia no cuenta con un desarrollo dogmático sobre el principio en cuestión. A su turno, en las Sentencias C-936 de 2011 y C-457 de 2020 el cargo por el presunto desconocimiento de la confianza legítima, en normas relativas a la salud, se declaró no apto.

49 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2018.

50 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-119 de 2018.

51 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012.

52 Decreto 56 de 1975, artículo 1. "Entiéndese por sistema nacional de salud, el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad especifica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación".

53 Ley 100 de 1993. Libro II. "El Sistema General de Seguridad Social en Salud".

54 Ley 100 de 1993, artículo 154. "Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que

trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 <366, 367, 368, 369> de la Constitución Política (…)".

55 Ibidem, artículo 177. "Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley".

56 Ibidem, artículo 185. "Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud. Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley. // Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además, propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. // Para que una entidad pueda constituirse como Institución Prestadora de Servicios de salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud".

57 Aunque en la Ley 100 de 1993 se determinó que el FOSYGA administraría los recursos de la salud, en la Ley 1753 de 2015, artículo 67, se dispuso que la ADRES sería la entidad encargada de ello. Esto desde el 1 de agosto de 2017, en adelante.

58 Ley 100 de 1993, artículo 202. "Definición. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una

cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso".

59 Ibidem, artículo 211. "Definición. El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley".

60 Ibidem, artículo 204.

61 Ibidem, artículo 204. Inciso 2. "La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional".

62 Ibidem, artículo 204, inciso primero.

63 Ibidem, artículo 222.

64 Ibidem, artículo 220.

65 Ibidem, artículo 182, inciso primero. "De los ingresos de las Entidades Promotoras de Salud. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud".

66 Ibidem, artículo 156, literal f. "El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: // f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación – UPC – que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".

67 Ibidem, artículo 182, inciso segundo

68 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020, FJ 127 a 130.

69 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997.

71 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-488 de 2001.

72 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. Numeral vigésimo cuarto del

resolutivo. “Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico”.

73 Ibidem. Numeral vigésimo sexto del resolutivo. “Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento”.

74 Ibidem. Numeral vigésimo séptimo del resolutivo. “Ordenar al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias. // El Ministerio de Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.”

75 Acto administrativo que a la postre fue modificado por las Resoluciones 1885 de 2018 y 2438 de 2018, proferidas por el mismo Ministerio.

76 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020. En efecto, la Corte reiteró frente al

artículo 15 de la LeS que “Esta lectura se traduce en dos reglas generales, aceptadas de forma pacífica por la jurisprudencia constitucional y por la reglamentación: a) se entenderá que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del PBS, está incluido y; b) el Gobierno Nacional tienen la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud”.

77 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-063 de 2021. “La Corte Constitucional, en la sentencia C-228 de 2010, reiterada en las sentencias C-830 de 2010, C-263 de 2011, C-032 de 2017, C-284 de 2017 y C-265 de 2019, caracterizó el modelo de economía social de mercado, en los siguientes términos: “El Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”.

78 Ibidem.

79 Ley 1751 de 2015, artículo 15.

80 Ibidem.

81 Criterios contenidos, especialmente, en las Sentencias T-269 de 2011 (insumos con propósito cosmético o suntuario); T-418 de 2011 (sobre servicios cuya efectividad clínica no está científicamente demostrada); T-1214 de 2008 (sobre servicios o tecnologías que no han sido autorizados por la entidad competente); T-1330 de 2005 (sobre servicios que estén en fase de experimentación); y SU-819 de 1999 (sobre servicios que deban ser prestados en el exterior).

82 Ibidem, artículo 177.

83 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020. “110.La LeS tiene, además, dos

aspectos importantes, desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación. El primero consiste en la incorporación de principios relacionados con la salud, entre los cuales deben mencionarse la integralidad y la progresividad. El segundo aspecto consiste en que se remplaza el plan obligatorio de salud por el plan de beneficios en salud, el cual se caracteriza, por un lado, en invertir el sistema de exclusión -todo aquello que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por tanto, los usuarios del sistema tienen derecho a que se les suministre- y, por otro lado, en proteger a las personas que sufren enfermedades huérfanas, de acuerdo con el artículo parágrafo 3 de la LeS." (énfasis propio).

84 Cfr. Corte Constitucional, Auto 094A de 2020, FJ. 91.

85 Cfr. Corte Constitucional, Auto 755 de 2021, FJ. 62.

86 Como ya se ha indicado, el servicio de salud se presta a las personas que no cuentan con capacidad de pago. Las personas beneficiarias del programa de protección en salud son seleccionadas a través del Sisbén. Por medio de esa encuesta se indaga en las condiciones socioeconómicas de los ciudadanos, teniendo en consideración aspectos tales como "sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda". (Ley 100 de 1993, artículo 213, inciso 2).

87 Ibidem, artículo 214, numeral 2.

88 Ibidem, artículo 214, numeral 3.

89 El mismo artículo 214 de la Ley 100 de 1993 establece otras fuentes de financiación, tales como (i) los recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010; (ii) los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado; y (iii) los Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.

90 Es preciso señalar que con los dineros de la UPC solo se pueden financiar los servicios y tecnologías enlistados en la resolución que defina cuales son los servicios y tecnologías PBS UPC.

91 Ley 1955 de 2019, artículo 240.

92 Cfr. Corte Constitucional, Auto 094A de 2020, FJ. 9.

93 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-124 de 2018. “En el caso del mecanismo de protección individual, estableció la herramienta tecnológica MIPRES, con la cual los profesionales de la salud deben prescribir u ordenar los servicios requeridos que no están incluidos en el PBSUPC con la finalidad de garantizar el acceso a los usuarios y la financiación de los mismos.”

94 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-124 de 2018. “Expuso que el médico tratante en el marco de su autonomía médica puede prescribir el servicio pertinente para la finalidad del servicio, mediante tres mecanismos: (i) Protección colectiva asegura las prestaciones de salud que hacen parte del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, descritos en las Resoluciones 5269 de 2017 (con sus anexos) y 046 de 2018. Este mecanismo contempla servicios asociados a riesgos individuales que se establecen a partir de un análisis a priori de las necesidades de la población. Los beneficios incluidos en este instrumento de protección del derecho a la salud son garantizados por las EPS con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), el cual financia “(…) el 86% de los procedimientos en salud y el 54% de los medicamentos, autorizados por la autoridad competente para Colombia”. // (ii) Protección individual que “(…) garantiza el acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control y pago” de prestaciones no incluidas en el mecanismo de protección colectiva y de servicios complementarios. Estas prestaciones se financian a través de las entidades territoriales para el régimen subsidiado o a través del ADRES en el caso del régimen contributivo, mediante la gestión de las EPS, pero en ningún caso perciben recursos de la UPC. Las tecnologías en salud que contempla este mecanismo están identificadas. Con la herramienta descrita se financia el 10% de los procedimientos en salud y el 46% de los medicamentos, siempre que estén autorizados por la autoridad competente. // (iii) Exclusiones corresponden a tecnologías o servicios (i) con finalidad cosmética o suntuaria, no relacionada con la capacidad funcional o vital; (ii) sin evidencia de seguridad, eficacia o efectividad clínica; (iii) no autorizados por la autoridad competente (INVIMA o CUPS); (iv) en fase de experimentación; o (v) prestados en el exterior. En ningún caso estos servicios serán financiados con recursos públicos asignados a la salud.”

95 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 2020. Dicha providencia cita las bases del plan.

96 Ley 1955 de 2019, artículo 240, inciso segundo.

97 Supra 75.

98 Así se refirió, sobre este punto, el Ministerio de Salud y Protección Social en su intervención ante la Corte: “De acuerdo a la literatura de 2003 a 2007 se evidenció que los recobros crecieron más de nueve veces, pasando de $113MM a $918MM (Gutiérrez de Piñeres, 2009). En el análisis realizado por la Contraloría General de la República, la inducción del uso de la tutela para acceder a la salud por parte de los aseguradores, en si misma se les convirtió rentable a estos, debido a que la mayoría de los fallos judiciales les ordenan la protección del derecho autorizándoles su recobro. También se utilizaron acciones judiciales para inducir consumos (nuevos diagnósticos, tratamientos, medicamentos, servicios, equipos médicos) (Contreras, 2008).”

99 A modo de ilustración, es de resaltar lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución 094 de 2020 “Verificación, control y pago de los servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC. Para el reconocimiento de los servicios y tecnologías en salud financiados a través de presupuestos máximos a que hace alusión el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, la ADRES definirá el procedimiento de transferencia de los recursos e implementará un sistema de monitoreo por alertas (SAA), a partir del cual se identifique, analice y verifique el comportamiento y los resultados de los procesos y agentes intervinientes en la prescripción, prestación, suministro y facturación de dichos servicios y tecnologías. // El reconocimiento y pago de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC de los afiliados a los Regímenes Contributivo y Subsidiado que no se financien a través de presupuestos máximos, la ADRES definirá el proceso de verificación, control, reconocimiento, pago, liquidación y giro. (…)” Y en el artículo 9 de la Resolución 205 de 2020. “Servicios y tecnologías NO financiados con cargo al presupuesto máximo. Los siguientes medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios no serán financiados con cargo al presupuesto máximo: (…) Parágrafo. Los servicios y tecnologías en salud susceptibles de financiar con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo, continuarán siendo garantizados por las EPS o EOC a los afiliados, bajo el principio de integralidad de la atención. y su liquidación. reconocimiento y pago, cuando proceda, se efectuará conforme al proceso de verificación y control que adopte la ADRES.”

100 Ley 1955 de 2019, artículo 240, inciso primero.

101 Por ejemplo, dicho Ministerio, en cumplimiento del mandato contenido en la norma censurada, expidió la Resolución 205 del 17 de febrero de 2020. En el anexo técnico de dicha resolución se pueden encontrar las fórmulas que permitirán computar los presupuestos máximos.

102 Resolución 205 de 2020. Anexo técnico. Punto 2.3. "Las cantidades ajustadas hacen referencia al concepto de IBNR (Incurred But Not Reported- incurridos, pero no reportados) o recobro tardío, consiste en un recobro ya ocurrido, pero aún no avisado. La metodología de Chain Ladder estima la reserva por este concepto. // La metodología mencionada establece una distribución bidimensional de la información histórica de recobros. Normalmente, las dos dimensiones son el mes de ocurrencia (eje vertical) y el mes de pago (eje horizontal). A medida que los recobros son más recientes se reduce la información, y de ahí que la matriz resultante tenga forma triangular o de escalera. Mediante los triángulos de la información se analiza el desarrollo de los recobros a lo largo del tiempo, sirviendo de base para determinados métodos de cálculo de la provisión técnica de prestaciones."

103 Ibidem. Anexo técnico. Punto 2.2. "Con la información disponible de recobros/cobros, se procede a estimar mediante técnicas econométricas las cantidades del delta de recobros/cobros por Grupos Relevantes. Para ello se debe contar con información de varias vigencias, con el objeto de poder identificar las tasas de crecimiento de los grupos relevantes que comparten la misma unidad de medida y poder estimar el delta del periodo a implementar el Presupuesto Máximo. // Se establece que las cantidades de medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios de cada Grupo Relevante en Unidades UMC. están en función de los registros asociados a la entrega de los medicamentos APME, procedimientos y servicios complementarios y de la tasa de crecimiento en el tiempo."

105 Por ejemplo, de acuerdo con lo contenido en el artículo 19 de la Resolución 205 del 17 de febrero de 2020, a la ADRES corresponderá la implementación y publicación de un "proceso de seguimiento, monitoreo, auditoría y control del presupuesto máximo, considerando la transferencia de los recursos, el control del manejo de los mismos, las auditorías y demás actividades tendientes a garantizar una eficaz y oportuna aplicación de los recursos". El mismo artículo dispuso que el monitoreo de los presupuestos máximos debía darse, por lo

menos, cada tres meses y recaer sobre “EPS, proveedores y operadores logísticos, gestores farmacéuticos, e IPS”.

106 Cfr. Considerandos de la Resolución 2454 del 21 de diciembre de 2020.

107 Resolución 586 de 2021, artículo 18.

108 Cfr. Considerandos de la Resolución 1645 del 21 de octubre de 2021. 1. La metodología para realizar este reajuste está comprendida en la Resolución 1645 del 21 de octubre de 2021, pero aquel no se ha realizado a la fecha.

109 Cfr. Considerandos de la Resolución 2260 del 22 de diciembre de 2021.

110 Constitución Política, artículo 150.1